

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Focus sur certains mécanismes de protection du consommateur de produits et services financiers en matière contractuelle

Jacquemin, Hervé

*Published in:*

Bescherming van de consument in the financieel recht = La protection du consommateur en droit financier

*Publication date:*

2012

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Jacquemin, H 2012, Focus sur certains mécanismes de protection du consommateur de produits et services financiers en matière contractuelle. Dans *Bescherming van de consument in the financieel recht = La protection du consommateur en droit financier*. Cahiers AEDBF/EVBFR-Belgium, Numéro 25, Anthemis, Limal, p. 123-153.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Focus sur certains mécanismes de protection du consommateur de produits et services financiers en matière contractuelle

Hervé JACQUEMIN

Chargé d'enseignement à l'Université de Namur

Chargé de cours invité à l'U.C.L.

Avocat au barreau de Bruxelles

## Introduction

1. *Faiblesse du consommateur de produits et services financiers.* – Lorsqu'il s'engage avec un professionnel, le consommateur est généralement considéré comme la partie faible au contrat. Cette position d'infériorité dépend essentiellement de l'objet du contrat et de la manière dont il est conclu (à distance ou par voie électronique). Plus précisément, elle résulte du manque de connaissance dont le consommateur est supposé souffrir, quant aux éléments de fait ou de droit du rapport contractuel. Elle tient également à la position des parties dans le contrat, l'une d'elles – le professionnel – disposant d'un pouvoir de négociation plus grand et l'autre – le consommateur – souffrant, le cas échéant, d'une vulnérabilité particulière.

Ce constat se vérifie lorsque la relation contractuelle a pour objet des produits ou services financiers (assurance, gestion de portefeuille, crédit à la consommation, crédit hypothécaire, opérations bancaires, services de paiement, etc.) et/ou que celle-ci est nouée à distance ou par voie électronique.

2. *Interventions normatives.* – C'est notamment pour lutter contre cette faiblesse que les législateurs européen et nationaux sont intervenus, sur le plan normatif, de manière à rééquilibrer, autant que possible, la relation contractuelle.

Au niveau belge, on peut notamment citer la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation<sup>1</sup>; la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre<sup>2</sup>; la loi du

<sup>1</sup> M.B. 9 juillet 1991. Ci-après, loi sur le crédit à la consommation.

<sup>2</sup> M.B. 20 août 1992. Ci-après, loi sur le contrat d'assurance.

4 août 1992 relative au crédit hypothécaire<sup>3</sup>; la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d'assurances<sup>4</sup>; la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement<sup>5</sup>; la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers<sup>6</sup>; l'arrêté royal du 3 juin 2007 portant les règles et modalités visant à transposer la directive concernant les marchés d'instruments financiers<sup>7</sup> ou la loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement<sup>8</sup>.

Ces textes portent spécifiquement sur les produits et services financiers et encadrent l'accès et l'activité des prestataires qui les fournissent. On relève qu'ils peuvent également s'appliquer aux relations entre professionnels et poursuivre des objectifs plus larges que la protection du consommateur. Ceux-ci tiennent en effet au bon fonctionnement du marché des services financiers, où devraient régner la transparence et la loyauté et au sein duquel devraient intervenir des acteurs responsables, compétents et suffisamment solides.

D'autres textes légaux, qui ne portent pas spécifiquement sur les produits et services financiers, mais dont le champ d'application est défini largement, peuvent également trouver à s'appliquer dans ces hypothèses. Tel est le cas, par exemple, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur<sup>9</sup> (ci-après, L.P.M.C.) ou de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après, L.S.S.I.)<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> M.B., 19 août 1992. Ci-après, loi sur le crédit hypothécaire.

<sup>4</sup> M.B., 14 juin 1995. Ci-après, loi sur l'intermédiation en assurance.

<sup>5</sup> M.B., 3 juin 1995. Ci-après, loi sur le statut et le contrôle des entreprises d'investissement.

<sup>6</sup> M.B., 4 septembre 2002. Ci-après, loi sur la surveillance du secteur financier et les services financiers.

<sup>7</sup> M.B., 18 juin 2007. Ci-après, arrêté royal du 3 juin 2007.

<sup>8</sup> M.B., 15 janvier 2010. Ci-après, loi sur les services de paiement.

<sup>9</sup> M.B., 12 avril 2010. L'article 3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de cette loi dispose que « la présente loi ne s'applique pas aux valeurs mobilières et autres instruments financiers visés par la législation relative aux opérations financières et aux marchés financiers ». Une délégation est toutefois donnée au Roi pour déclarer certaines dispositions de la loi applicables à cette hypothèse. Celui-ci était intervenu sous l'empire de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (ci-après, L.P.C.C.) en prenant l'arrêté royal du 5 décembre 2000 rendant applicables aux instruments financiers et aux titres et valeurs certaines dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (M.B., 3 janvier 2001). Les dispositions de l'arrêté royal non contraires à la L.P.M.C. demeurent en vigueur en vertu de l'article 139, § 2, de la L.P.M.C. Sur l'application de la L.P.M.C. aux services financiers, voy. J. STUTCK, « Les nouvelles définitions de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché et la protection du consommateur et leurs conséquences », *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 29-31; V. COLAERT, « Financiële diensten en de Wet Marktpraktijken - Enkele knelpunten », D.B.F., 2011, pp. 89 et s. Sur ce point, voy. aussi la contribution de Ch. STEYAERT dans le présent ouvrage.

<sup>10</sup> M.B., 17 mars 2003.

Ces règles sont encore complétées par les mécanismes tirés de la théorie générale des contrats, tels qu'appliqués par la jurisprudence, qui peuvent également participer à la protection du consommateur<sup>11</sup>.

Il en résulte un cadre normatif complexe pour la mise en œuvre duquel des strates plus ou moins nombreuses de règles doivent être articulées<sup>12</sup>. La difficulté tient au fait que les champs d'application respectifs des règles se recouvrent, sans coïncider parfaitement. En outre, certaines dispositions potentiellement applicables à un même cas d'espèce peuvent se révéler incompatibles entre elles.

3. *Mécanismes de protection.* – Les textes mentionnés au point précédent illustrent la diversité des mécanismes de protection susceptibles d'être mobilisés par le législateur en faveur, notamment<sup>13</sup>, du cocontractant en position de faiblesse.

Parmi d'autres, on relève le renforcement des obligations d'information, la multiplication des exigences de forme, l'interdiction des clauses abusives ou des pratiques commerciales déloyales, l'octroi d'un droit de rétractation, la régulation de l'accès et de l'activité de certains professionnels (établissements de crédit, prestataires de services de paiement, entreprises d'investissement, compagnies d'assurances, etc.), les mesures de prévention du surendettement, l'encadrement de la durée du contrat et de sa reconduction éventuelle, le renversement de la charge de la preuve en faveur du consommateur, la protection des données à caractère personnel, la mise en place de moyens techniques permettant de détecter et de corriger les erreurs dans la saisie des données, l'établissement d'autorités de contrôle (la FSMA, en particulier), la promotion de modes alternatifs de règlement des différends, etc. On peut encore citer les sanctions civiles, pénales ou administratives susceptibles d'être prononcées en cas de méconnaissance des mécanismes précités et qui, par voie de conséquence, participent également à la protection du consommateur.

4. *Limites de la présente contribution et plan.* – On le comprend sans peine, les règles de protection du consommateur de produits et services financiers sont nombreuses et variées, et ne peuvent donc faire l'objet d'une analyse exhaustive dans le cadre de la présente contribution.

Aussi sera-t-elle consacrée à certains mécanismes de protection du consommateur, consacrés dans tout ou partie des textes légaux ou réglementaires applicables aux produits ou services financiers, dans la mesure où ils sont *directement liés au processus contractuel*.

<sup>11</sup> On songe notamment à l'exigence de bonne foi, aux obligations d'information, de conseil et de mise en garde; à l'interdiction de l'abus de droit ou à la nullité susceptible de sanctionner les manquements contemporains à la formation des contrats.

<sup>12</sup> Sur les difficultés d'articulation et la manière de les résoudre (qui ne feront pas l'objet de la présente contribution), voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel - Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 297 et s., n<sup>os</sup> 220 et s.

<sup>13</sup> Dans certains cas, l'objectif peut aller bien au-delà de la protection du consommateur et concerner également les concurrents ou le marché dans son ensemble.

En matière contractuelle, les règles matérielles consistent généralement à renforcer les obligations d'information, multiplier les règles de forme et octroyer un droit de rétractation au consommateur. Seuls les deux derniers mécanismes seront analysés, le premier faisant l'objet d'autres contributions<sup>14</sup> dans le présent ouvrage. Nous n'analyserons pas non plus les mécanismes généraux, qui ne sont pas spécifiques aux services financiers, mais pourraient néanmoins s'y appliquer (en tout cas à certains de ces services) : l'interdiction des clauses abusives et des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs.

Compte tenu de leur importance – pratique notamment –, nous nous pencherons également sur les sanctions civiles susceptibles d'être prononcées en cas de méconnaissance de ces mécanismes d'ordre contractuel (en ce compris les obligations d'information).

Ces mesures doivent se comprendre à l'aune des objectifs poursuivis par le législateur. Aussi veillerons-nous à détailler, préalablement, la faiblesse dont le consommateur de services et produits financiers est supposé souffrir (section 1).

Ensuite seront examinées certaines règles matérielles de protection – la multiplication des règles de forme et l'octroi d'un droit de rétractation (section 2) – ainsi que les sanctions civiles potentiellement applicables, qu'elles soient expressément prévues par les législations ou résultent de l'application de la théorie générale des contrats (section 3).

## Section 1

### Faiblesse du consommateur de produits et services financiers

5. *Double origine à la faiblesse du consommateur.* – De manière générale, on peut identifier deux causes principales à la faiblesse du consommateur de produits ou services financiers qui s'engage dans les liens d'un contrat avec un professionnel<sup>15</sup> : elle peut résider dans le manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel, ou tenir à la position des parties dans le contrat.

6. *Manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit.* – La première origine est inhérente à la situation personnelle des parties et réside dans le manque de connaissance dont souffre le consommateur, relativement aux éléments de droit<sup>16</sup> ou de fait<sup>17</sup> du rapport contractuel envisagé.

<sup>14</sup> Voy. en particulier la contribution de R. Steennot.

<sup>15</sup> De manière générale, sur la faiblesse d'une partie au contrat, voy. M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », in J. CHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels - Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 616-617, n° 2 ; Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 22 et s., n° 9 et s. ; E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in P. WÉRY (sous la dir. de), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 93, n° 40 ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel - Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 64 et s., n° 31 et s.

<sup>16</sup> À quelles conditions peut-il mettre fin au contrat ? Dispose-t-il d'un droit de rétractation ? Quelle est la date d'entrée en vigueur du contrat ? etc.

<sup>17</sup> Quelles sont les coordonnées du cocontractant ? Quel est le prix du service ? Quelle est la contrepartie ? etc.

Le déséquilibre entre les parties résulte d'une asymétrie informationnelle, au préjudice du consommateur. Elle s'explique par l'objet même du contrat – la fourniture de produits ou services financiers – et par les fins pour lesquelles les parties s'engagent – le rapport contractuel mettant en présence une personne agissant à des fins professionnelles et une autre, qui intervient (principalement) à des fins privées<sup>18</sup>. Ainsi, on peut difficilement s'attendre à ce que le consommateur qui s'engage dans un contrat d'assurance, une convention de gestion de portefeuille, voire un contrat de crédit hypothécaire<sup>19</sup> ou à la consommation<sup>20</sup>, dispose *ex ante* de toutes les informations lui permettant de donner un consentement éclairé et réfléchi. Le constat se vérifie avec une acuité renforcée lorsque les produits ou services présentent une technicité telle, en termes économiques et financiers, que le consommateur moyen est généralement dans l'incapacité d'évaluer correctement les risques encourus et toutes les conséquences de ses engagements.

Accessoirement, la faiblesse peut aussi être liée au mode de formation du contrat, en particulier lorsque celui-ci est conclu à distance et par voie électronique. Lorsque les parties ne sont pas en présence physique l'une de l'autre, on peut en effet craindre que le consommateur ne prenne pas la peine de contacter le professionnel pour dissiper les doutes qu'il pourrait avoir quant à certains produits. En outre, les technologies de l'information et de la communication pourraient ne pas être suffisamment maîtrisées par certaines personnes, ce qui peut impliquer des risques d'erreur dans la saisie des données. On note enfin que le consommateur pourrait être plus enclin à s'engager de manière irréfléchie lorsqu'il contracte seul derrière son ordinateur ; dans le bureau d'un intermédiaire financier, censé le conseiller adéquatement et le mettre en garde, peut-être ne se serait-il pas engagé.

7. *Position des parties dans le contrat.* – La seconde origine de la faiblesse est liée à la position des parties dans le contrat. Lors de la fourniture de produits et services financiers, il n'est pas rare que l'une des parties soit spécialement puissante et que l'autre, au contraire, souffre d'une vulnérabilité particulière.

Ainsi, le consommateur qui souscrit un crédit à la consommation peut être dans une situation financière telle qu'il est prêt à souscrire n'importe quel type de crédit (et pas

<sup>18</sup> De manière générale, sur ce déséquilibre dans les législations consuméristes, voy. J.-P. BUYLE, « Les devoirs pré-contractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations », note sous Cass., 10 décembre 2004, *R.C.J.B.*, 2005, p. 693, n° 11 ; A. DE BOECK, *Informatierechten en plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 30, n° 69.

<sup>19</sup> Voy. l'exposé des motifs de la loi sur le crédit hypothécaire, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1990-1991, n° 1742/1, pp. 1-2 ; B. DE CONINCK, « L'obligation d'information du consommateur dans la formation du contrat », *Ann. dr. Louvain*, 1997, pp. 273 et s.

<sup>20</sup> Le manque d'information du consommateur est clairement souligné dans les travaux préparatoires de la loi sur le crédit à la consommation : voy. not. *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1989-1990, n° 916/2, pp. 28 et s. Voy. aussi D. BLOMMAERT, « La responsabilité du prêteur et de l'intermédiaire de crédit à la lumière de la loi du 24 mars 2003 sur le crédit à la consommation », in F. DOMONT-NAERT et P. JADOUL (sous la dir. de), *Actualités du droit du crédit à la consommation*, Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 2004, pp. 101 et s. ; F. DE PATOUL, « La loi sur le crédit à la consommation et le traitement du surendettement – Tendances et perspectives dégagées par la jurisprudence », *J.J.P.*, 2002, pp. 29-30, n° 19 ; B. DE CONINCK, *op. cit.*, pp. 260 et s.

forcément celui qui lui convient le mieux), au risque de sombrer dans le surendettement<sup>21</sup>.

Il convient d'ajouter que, pour l'essentiel, les contrats régis par les législations envisagées sont des contrats d'adhésion, dans lesquels, sauf exception, la marge de négociation de la partie jugée plus faible est très réduite, voire inexistante; tout au plus peut-elle se borner à adhérer au contrat standardisé qui lui est proposé.

## Section 2

### Règles matérielles de protection

8. *Deux règles matérielles de protection.* – Dans le cadre de la présente contribution, l'examen se limite à deux règles matérielles de protection en lien direct avec le processus contractuel: la multiplication des exigences de forme (sous-section 1) et l'octroi d'un droit de rétractation (sous-section 2).

#### Sous-section 1

##### Multiplication des exigences de forme

9. *Diversité des exigences de forme.* – Parmi les techniques utilisées par le législateur pour garantir un consentement éclairé du consommateur figure la multiplication des exigences de forme. On exige ainsi un écrit (ou tout autre document équivalent), une signature, des exemplaires multiples ou des mentions informatives, dont on précise l'emplacement (avant la signature) ou le mode de rédaction (à la main).

Les règles de forme constituent le complément indispensable des obligations d'information<sup>22</sup>: l'information du consommateur sera assurée avec une efficacité renforcée s'il peut lire (et relire, le cas échéant) les données sur un document qui lui a été communiqué préalablement, au lieu de simplement les entendre, de vive voix. Les formalités contribuent également à prévenir les fraudes, en révélant les altérations qui pourraient être apportées au contenu du document ou en exigeant certaines mentions manuscrites de la part du consommateur.

10. *Écrit et autres documents équivalents.* – En matière de contrats à distance portant sur des services financiers, il est requis qu'«en temps utile, et avant que le consommateur

soit lié par un contrat à distance ou par une offre, l'entreprise lui communique toutes les conditions contractuelles ainsi que les informations visées à l'article 50, § 1<sup>er</sup>, [de la L.P.M.C.] sur un support papier ou sur un autre support durable, mis à la disposition du consommateur et auquel celui-ci a accès»<sup>23</sup> (article 52, § 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C.).

D'autres textes font quant à eux référence à la notion classique d'«écrit». L'article 20, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 3 juin 2007 dispose ainsi que «les entreprises réglementées ne peuvent commencer à prêter des services de gestion de portefeuille à un client de détail avant d'avoir conclu avec celui-ci une convention écrite énonçant les droits et obligations fondamentaux de l'entreprise réglementée et du client ainsi que les autres conditions auxquelles l'entreprise réglementée fournit des services au client»<sup>24</sup>.

11. *Autres formalités.* – La loi sur le crédit à la consommation impose la signature de toutes les parties contractantes<sup>25</sup>, en interdisant par ailleurs tout paiement (de la part du consommateur ou du prêteur) avant ce moment<sup>26</sup>. On peut encore mentionner l'article 69, § 3, de l'arrêté royal du 3 juin 2007, aux termes duquel «l'autorisation expresse [...] à l'utilisation des instruments doit être confirmée, dans le cas d'un client de détail, par sa signature ou par un autre mécanisme de substitution équivalent»<sup>27</sup>.

Il peut également être requis que toutes les parties reçoivent un exemplaire du contrat<sup>28</sup>. Enfin, la loi peut prescrire l'apparence, l'emplacement ou le mode de rédaction de certaines mentions. L'article 14, § 1<sup>er</sup>, de la loi sur le crédit à la consommation stipule ainsi que «pour une ouverture de crédit, le consommateur doit faire précéder sa signature de la mention du montant du crédit: "Lu et approuvé pour ... euros à crédit". Pour tous les autres contrats de crédit, le consommateur doit faire précéder sa signature de la mention du montant total dû par le consommateur: "Lu et approuvé pour ... euros à rembourser". Dans les deux cas, le consommateur doit y apporter également la mention de la date et de l'adresse précise de la signature du contrat.»

12. *Accomplissement des règles de forme dans l'environnement numérique.* – Avec l'avènement de la société de l'information se pose la question de savoir comment accomplir valablement les formes prescrites par voie électronique, dès lors qu'elles ont généralement été conçues par référence au papier. Au niveau européen, les États membres étaient tenus de lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électro-

<sup>21</sup> Les travaux préparatoires de la loi sur le crédit à la consommation (et des lois modificatives ultérieures) énoncent clairement que l'objectif du texte est notamment de combattre le surendettement (Doc. parl., Sénat, sess. ord. 1989-1990, n° 916/2, p. 6; Doc. parl., Chambre, sess. ord. 2001-2002, n° 1730/1, pp. 3 et s.). Sur les risques de surendettement, voy. aussi A. PUTTEMANS, «La publicité pour le crédit», in F. DOMONT-NAERT et P. JAOUOL (sous la dir. de), *Actualités du droit du crédit à la consommation*, Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 2004, pp. 11-13, n° 1.

<sup>22</sup> Par ailleurs, le rôle joué par le renforcement des obligations d'information qui pèsent sur le professionnel est clair: en réduisant l'asymétrie informationnelle dont le consommateur est supposé souffrir, on garantit logiquement un consentement informé et réfléchi dans son chef, tout en s'assurant qu'il dispose de toutes les informations utiles en cours d'exécution du contrat (pour qu'il puisse décider en pleine connaissance de cause de modifier le contrat ou d'y mettre fin).

<sup>23</sup> Nous soulignons. Pour d'autres références à ces notions ou à l'une d'elles, voy., par exemple, l'article 27, § 7, alinéa 2, de la loi sur la surveillance du secteur financier et les services financiers; l'article 12quater de la loi sur l'intermédiation en assurance; l'article 14, § 1<sup>er</sup>, de la loi sur le crédit à la consommation; les articles 8, 13 et 15 de la loi sur les services de paiement; les articles 9, 10, 11, 21, 22, 26, 75 et 83 de l'arrêté royal du 3 juin 2007.

<sup>24</sup> Nous soulignons. Voy. aussi l'article 27, § 7, alinéa 2, de la loi sur la surveillance du secteur financier et les services financiers: «L'entreprise réglementée qui fournit un service d'investissement autre qu'un conseil en investissement à un nouveau client de détail, conclut par écrit avec ce client une convention de base, sur papier ou un autre support durable, énonçant les droits et obligations fondamentaux de l'entreprise et du client.»

<sup>25</sup> Article 14, § 1<sup>er</sup>, de la loi sur le crédit à la consommation.

<sup>26</sup> Article 16 de la loi sur le crédit à la consommation.

<sup>27</sup> Nous soulignons.

<sup>28</sup> Article 14, § 1<sup>er</sup>, de la loi sur le crédit à la consommation.

nique<sup>29</sup>. La théorie des équivalents fonctionnels a par conséquent été consacrée dans les réglementations nationales<sup>30</sup>.

Dans certains cas, le recours possible aux technologies de l'information est pris en considération par le législateur, et les formalités à accomplir sont désignées au moyen de termes neutres (obligation d'accuser réception ou de transmettre des informations) ou spécialement adaptés soit à l'environnement traditionnel (le support papier), soit à l'environnement numérique (le support durable).

La notion de *support durable* se retrouve ainsi dans plusieurs textes légaux ou réglementaires ressortissant au droit financier<sup>31</sup>, qui visent à le définir. Au sens de l'arrêté royal du 3 juin 2007, il s'agit de « tout instrument permettant à un client de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées » (article 4, 7°).

Il ressort de cette définition que le support durable doit remplir trois fonctions<sup>32</sup>. On peut d'abord estimer que le support durable vise à assurer la pérennité de l'information. L'instrument doit en effet *stocker* les informations, de sorte qu'elles puissent être consultées *ultérieurement*<sup>33</sup>. Le support durable doit également préserver l'intégrité de l'information dans la mesure où il doit permettre une reproduction à l'identique de celle-ci. Pour ce faire, il faut que le procédé permette d'éviter, autant que possible, les modifications. Enfin, il doit remplir une fonction de lisibilité, qui résulte de l'utilisation

des verbes « consulter » ou « reporter »<sup>34</sup>. En pratique, on peut songer à un document au format Word ou PDF, reprenant les informations requises et enregistré sur le disque dur d'un ordinateur, sur un CD-Rom, une clé USB ou transmis en pièce jointe d'un courriel<sup>35</sup>.

À l'analyse, ces trois fonctions correspondent aux fonctions généralement reconnues à l'écrit : la lisibilité<sup>36</sup>, la pérennité<sup>37</sup> et, même si ce point est discuté en doctrine, l'intégrité de l'information<sup>38</sup>. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'introduction

<sup>29</sup> Pour que l'on puisse consulter les informations ou s'y reporter, il faut nécessairement qu'elles soient lisibles. Par ailleurs, pour être en mesure de consulter les informations, il faut nécessairement que les signes soient intelligibles et accessibles, de sorte que le langage qu'ils expriment puisse être compris.

<sup>30</sup> Voy. également les travaux préparatoires de la L.S.S.I. qui citent la disquette, le CD-R, le CD-RW, le DVD, la carte à puce ou la fibre optique (Doc. parl., Chambre, sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 44) ou les exemples donnés au considérant n° 23 de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

<sup>31</sup> Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique – De quelques réflexions autour du droit de la preuve », *Le droit des affaires en évolution – Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 55, n° 12; E. DAVIO, « Preuve et certification sur internet », *R.D.C.*, 1997, pp. 663-664; R. STEENNOT, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », *R.D.C.*, 1999, p. 671, n° 39; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 124; P. LECOQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter*, Liège, éd. du Jeune barreau, 2001, p. 72, n° 27; B. FRANCO et C. FRANCO, « Nouveautés en matière de pratiques du commerce », *Le point sur le droit commercial*, Liège, formation permanente C.U.P., 2000, p. 174; M. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, p. 1509, n° 17; B. DE GROOTE, « Het bewijs in de elektronische handel – Enkele bedenkingen », *A.J.T.*, 2000-2001, p. 885, n° 16; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 555; D. MOUGENOT, *La preuve*, tiré à part du *Rép. not.*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 143, n° 83-1.

<sup>32</sup> Cette fonction de pérennité est plus généralement qualifiée exigence de durabilité (M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., pp. 8-9; J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé ? – Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature », *Cahier Lamy droit de l'informatique*, 1988, H, pp. 12-13, n° 17; D. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit., p. 143, n° 83-1) ou de stabilité (Y. POULLET, op. cit., p. 55, n° 12; E. DAVIO, op. cit., pp. 663-664; R. STEENNOT, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », op. cit., p. 671, n° 39; B. FRANCO et C. FRANCO, op. cit., p. 174; D. GOBERT et E. MONTERO, op. cit., p. 124; P. LECOQ et B. VANBRABANT, op. cit., p. 72, n° 27; B. DE GROOTE, op. cit., p. 885, n° 16; L. GUINOTTE, op. cit., p. 555; D. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit., p. 141, n° 83-1).

<sup>33</sup> Cette fonction ne figure pas expressément dans la définition fonctionnelle de l'article 16, § 2, premier tiret, de la L.S.S.I. Ni les travaux préparatoires, ni le texte de cette disposition, ne permettent cependant de considérer que le législateur a souhaité exclure cette fonction. On constate en effet que les travaux préparatoires ne traitent pas de cette fonction (et, a fortiori, ne l'écartent pas non plus) : voy. l'exposé des motifs du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, Doc. parl., Chambre, sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 44. Au contraire, dans la mesure où l'information (ou les signes) doit être accessible pour être consultée ultérieurement, cela suppose nécessairement qu'avec une efficacité minimale, l'intégrité de l'information ait été préservée. À défaut, la fonction de pérennité perdrait tout effet utile. De même, on peut lire dans l'exposé des motifs de la L.S.S.I. que l'écrit « doit [...] présenter une stabilité suffisante, le rendant accessible pour une consultation ultérieure » (exposé des motifs du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, Doc. parl., Chambre, sess. ord. 2002-2003, lég. 50, n° 2100/001, p. 44.). À nos yeux, il faut comprendre l'exigence de stabilité comme visant non seulement la pérennité, mais également l'intégrité. Sur la fonction d'intégrité et les controverses à son égard, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, op. cit., n° 79-81, et les réf. citées.

<sup>29</sup> Voy. l'article 9 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.* n° L 178 du 17 juillet 2000.

<sup>30</sup> Cette théorie part du constat que les procédés mis en œuvre dans l'environnement papier pour accomplir les formes prescrites ne peuvent être reproduits comme tels lorsque le contrat est conclu par voie électronique ou, s'ils le peuvent, ce n'est qu'au prix d'une grande insécurité juridique. Si l'on souhaite que des rapports contractuels puissent être noués par ce biais, il doit être possible d'identifier les procédés à mettre en œuvre dans l'environnement numérique. Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier, mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir. Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel et dans l'environnement numérique sont alors jugés équivalents s'ils permettent de remplir les fonctions minimales reconnues à la formalité. Cette équivalence entre les procédés signifie que, sur le plan juridique, ils ont les mêmes effets et sont interchangeables. Cette théorie est consacrée à l'article 16, § 1<sup>er</sup>, de la L.S.S.I., aux termes duquel « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées ». Le paragraphe 2 de cette disposition applique ensuite ladite théorie aux formalités rencontrées le plus souvent en pratique : l'écrit, la signature et la mention manuscrite.

<sup>31</sup> Voy. les réf. citées supra, note 24.

<sup>32</sup> Reprenant également ces trois fonctions, voy. M. DEMOULIN, « La notion de "support durable" dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *R.E.D.C.*, 2000, p. 364.

<sup>33</sup> À bon escient, il est précisé que la pérennité des informations doit être garantie pendant une période adaptée à l'objectif de ces informations. Cet élément donne la mesure du caractère durable et confirme que les fonctions ne doivent pas être remplies de manière absolue. Il existe une gradation dans la pérennité. Pour connaître l'objectif des informations et apprécier la durée minimale requise, il faut se référer aux objectifs poursuivis par les formalités.

de ce nouveau concept – dont l'initiative revient au législateur européen<sup>39</sup> – ne nous convainc pas<sup>40</sup>. Il eût été plus simple, en effet, de faire référence à l'écrit.

Il est intéressant de noter que plusieurs dispositions de l'arrêté royal du 3 juin 2007 autorisent la fourniture d'informations sur un support durable ou par le truchement (*sic*) d'un site web<sup>41</sup>. Par hypothèse, cette alternative est offerte lorsque le site web ne constitue pas un support durable<sup>42</sup>. Il doit cependant répondre aux conditions de l'article 5, § 3, aux termes duquel, « lorsque, en vertu des articles 10 à 13, 26, § 2, alinéa 2, et 72 à 75 une entreprise réglementée fournit des informations à un client au moyen d'un site web et que cette information n'est pas adressée personnellement au client, les conditions suivantes doivent être respectées :

- la fourniture de cette information par ce moyen est adaptée au contexte dans lequel sont ou seront conduites les affaires entre l'entreprise et le client ;
- le client consent spécifiquement à la fourniture de cette information sous cette forme ;
- le client se voit notifier par voie électronique l'adresse du site web et l'endroit du site web où il peut avoir accès à cette information ;
- l'information est à jour ;
- l'information est accessible de manière continue via le site web pendant le laps de temps qui est raisonnablement nécessaire au client pour l'examiner ».

Cette alternative laisse perplexe. Outre que la notion de « site web » ne nous paraît pas conforme au principe de neutralité technologique<sup>43</sup>, on peut se demander si les conditions posées à l'article 5, § 3, apportent des garanties suffisantes au consommateur. En particulier, il n'est pas requis que l'intégrité de l'information soit préservée (par un enregistrement, une impression ou la mise en place d'un système d'archivage, par exemple).

<sup>39</sup> Utilisant les concepts de support durable et de support papier, voy. l'article 5, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, J.O.C.E. n° L 271 du 9 octobre 2002, pp. 16-24 et l'article 13, § 1<sup>er</sup>, a), de la directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, J.O.C.E. n° L 9 du 15 janvier 2003, pp. 3-10.

<sup>40</sup> Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, op. cit., n° 300. Sur la notion, voy. aussi M. DEMOULIN, « La notion de "support durable" dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », R.E.D.C., 2000, pp. 361 et s.

<sup>41</sup> Voy. les articles 10 à 13, 26, § 2, alinéa 2, et 72 à 75 de l'arrêté royal du 3 juin 2007.

<sup>42</sup> On pourrait toutefois arriver à la conclusion que, dans certains cas, le site web répond aux conditions du support durable, dans la mesure où les fonctions de lisibilité, de pérennité et d'intégrité sont préservées.

<sup>43</sup> Voy. le considérant n° 8 de la directive 1999/93/CE sur la signature électronique ou la loi type de la C.N.U.D.C.I. de 2001 sur les signatures électroniques et le « Guide pour son incorporation », New York, Publ. des Nations unies, 2002, p. 35, n° 82. En l'occurrence, des discussions pourraient voir le jour au moment de décider si les pages visionnées depuis un appareil mobile (*smartphone*, tablette, etc.) ou même une télévision (et qui sont tirées de l'internet) répondent à la définition de site web.

13. *Regards critiques sur la multiplication des exigences de forme.* – On peut s'interroger sur l'efficacité du mécanisme consistant à multiplier les règles de forme en vue de protéger le consommateur, étant entendu que la tendance est générale et ne concerne pas uniquement les produits et services financiers<sup>44</sup>. En tant que technique législative, le formalisme possède des avantages et des inconvénients<sup>45</sup>.

Si les avantages sont évidents, en ce que les règles de forme permettent au consommateur de donner un consentement informé et réfléchi, tout en garantissant la transmission de divers éléments de fait ou de droit utiles en cours d'exécution du contrat, il ne faut pas négliger les inconvénients qui peuvent en résulter.

Dans le chef du prestataire, chargé de respecter ces règles de forme, elles peuvent être vues comme un facteur de complexité, de nature à alourdir ou retarder la conclusion des contrats. Après avoir démêlé l'écheveau législatif, il doit prendre le temps d'accomplir les diverses formalités, au moment requis et en respectant les exigences, souvent pointilleuses, établies par la loi : on songe à la rédaction d'un écrit, muni de diverses mentions, situées à un emplacement précis, que son cocontractant doit signer ou compléter et qu'il convient de reproduire en plusieurs exemplaires. À titre de comparaison, l'échange de consentements de vive voix apparaît infiniment plus simple et plus rapide. S'agissant spécialement des exigences complémentaires aux mentions visant à attirer l'attention de la partie faible au moment de la formation du contrat (mentions en caractères gras ou rédigées à la main, par exemple), on conçoit sans peine que leur nombre est inversement proportionnel à leur efficacité. Il faut donc espérer que le législateur y recoure avec parcimonie.

Dans cette perspective, il est heureux qu'à l'occasion de la réforme de la loi sur le crédit à la consommation<sup>46</sup>, l'article 14, § 3, ancienne moule, n'ait pas été conservé. Il imposait en effet que certaines mentions soient présentées « sous la forme d'alinéas séparés et en caractères gras d'un type différent ». Pour deux d'entre elles, l'endroit où elles devaient figurer était aussi précisé : le contrat devait ainsi indiquer « à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature, les mentions :

- « Ne signez jamais un contrat non rempli » ;
- « L'assurance n'est jamais obligatoire. Conformément à l'article 4, § 2, alinéa 2, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, le preneur d'assurance a le droit de résilier le contrat, avec effet immédiat au moment de la notification,

<sup>44</sup> On observe en effet une renaissance du formalisme contractuel, en particulier dans les législations de nature consumériste. Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel – Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., p. 40, n° 17, avec les nombreuses réf. citées.

<sup>45</sup> Pour un examen des avantages et des inconvénients du formalisme, notamment pour expliquer son évolution historique, voy. P. MOENECLAËY, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, Paris, L.G.D.J., 1914, pp. 25-39 ; R. VON JHERING, *l'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (trad. O. DE MEULENAERE), t. III, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Chevalier-Marescq, 1887, pp. 173 et s. ; A. COLIN, *son développement* (trad. O. DE MEULENAERE), t. 2, Paris, Dalloz, 1959, p. 325, et H. CAPITANT, *Traité de droit civil* (refondu par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE), t. 2, Paris, Dalloz, 1959, p. 184, n° 94, n° 592, pp. 347-348, n° 618 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, Les obligations, Paris, P.U.F., 16<sup>e</sup> éd., 1992, p. 184, n° 94.

<sup>46</sup> Loi du 13 juin 2010 modifiant la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, M.B., 21 juin 2010.

pendant un délai de trente jours à compter de la réception par l'assureur de la police présignée ou de la demande» (article 14, § 3, 1<sup>er</sup>).

On peut gager que, même si la formulation actuellement en vigueur est nettement plus simple, le dispositif n'a pas perdu en efficacité et permet d'offrir au consommateur le même niveau de protection. En outre, elle permet de mettre un terme au contentieux abondant – et controversé – que le non-respect de la disposition avait pu susciter<sup>47</sup>.

Il faut se garder de multiplier les règles de forme de manière disproportionnée<sup>48</sup>. Cependant, la limite au-delà de laquelle les formes deviennent trop nombreuses pour que l'objectif – d'information principalement – soit atteint est difficile à tracer (dans ce cadre, une analyse psychologique ou sociologique serait sans doute souhaitable)<sup>49</sup>. À cet égard, on ne peut tirer argument du fait qu'au moment de la formation du contrat, les parties ne lisent qu'un nombre très limité de mentions. L'absence de lecture, à cette étape du processus contractuel, ne doit pas conduire à supprimer les mentions qui ne sont généralement pas consultées. Les informations qu'elles extériorisent peuvent en effet être lues utilement par la suite (en cas d'inexécution de certaines obligations, par exemple) et, à ce moment, on appréciera leur existence et l'exemplaire du contrat que le cocontractant aura été légalement tenu de remettre.

En définitive, la meilleure solution n'est pas la prescription de nombreuses règles de forme, à toutes les étapes du processus contractuel et pour tout type de contrat qui serait conclu, ni leur abolition pure et simple. Compte tenu de leurs avantages et de leurs inconvénients, d'une part, de l'objectif final poursuivi par le législateur, d'autre part, une solution intermédiaire, équilibrée et proportionnée, entre ces deux options extrêmes doit être trouvée.

<sup>47</sup> À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel - Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 506 et s., n° 377.

<sup>48</sup> Les risques liés à l'excès d'information sont ainsi soulignés par les auteurs, spécialement à propos des rapports contractuels noués par le biais des réseaux et soumis, pour la plupart, aux dispositions de la L.S.S.I. et de la L.P.M.C. (voy. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 228, n° 172; id., « Les obligations de renseignement, de mise en garde et de conseil des fabricants et vendeurs professionnels », in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, formation permanente C.U.P., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 353, n° 57. Voy. également M. DEMOULIN, « Les mineurs et le commerce électronique: besoin de protection ou d'autonomie? », *J.T.*, 2007, p. 114, n° 41, à propos des propositions de loi visant à renforcer les obligations d'information à l'égard des mineurs. Elle indique que « la quantité d'informations à fournir obligatoirement au consommateur qui achète sur internet atteint un seuil de saturation au-delà duquel il ne faut pas s'aventurer, sous prétexte de nuire à la qualité même de l'information »).

<sup>49</sup> Voy. les considérations nuancées de E. BALATÉ, P. DEJEMPEPE et F. DE PATOUL, *Le droit du crédit à la consommation*, Bruxelles, De Boeck, 1995, p. 167, n° 212: « contrainte lourde, coûteuse et inefficace ou, par contre, restauration de l'autonomie de la volonté en lui donnant un contenu plus réel que formel, le formalisme fait l'objet d'un débat, souvent passionné, qui est loin d'être tranché ». Sur l'utilité ou l'inutilité du formalisme en matière de crédit à la consommation, voy. F. DOMONT-NAERT, *Consommateurs défavorisés: crédit et endettement - Contribution à l'étude de l'efficacité du droit de la consommation*, Bruxelles, Kluwer, 1992, pp. 185-188. De manière générale, voy. aussi Fr. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 67-68, n° 87, qui estime, avec nuance, que « si le risque est là, il ne doit pas masquer l'avantage pour le cocontractant d'obtenir facilement les informations jugées essentielles ».

## Sous-section 2

### Octroi d'un droit de rétractation ou de résiliation au consommateur

14. *Ratio legis et éléments clés du mécanisme.* – Plusieurs législations ressortissant au domaine financier permettent au consommateur d'exercer un droit de rétractation (également qualifié de droit de résiliation).

L'idée sous-jacente est que le consentement donné par le consommateur pourrait ne pas être suffisamment informé et réfléchi<sup>50</sup>. En lui permettant de revenir sur son engagement, sans pénalité et sans indication de mouf, on prévient tout préjudice potentiel, puisque le consommateur peut se délier de son engagement facilement et sans avoir à subir la moindre conséquence négative.

Pendant une période oscillant généralement entre quatorze et trente jours, le consommateur est ainsi autorisé à se rétracter ou à résilier le contrat. Il lui suffit de notifier à son cocontractant son intention d'exercer ce droit, et ce avant la fin du délai qui lui est imparti. Des exceptions à l'exercice d'un tel droit sont généralement introduites par les législations applicables.

15. *Illustrations.* – La loi sur le crédit à la consommation permet ainsi au consommateur de « renoncer au contrat de crédit pendant un délai de quatorze jours, sans donner de motif » (article 18, § 1<sup>er</sup>, de la loi). Le mécanisme existe aussi en droit des assurances<sup>51</sup>.

Un droit de rétractation est également offert au consommateur lorsqu'il contracte à distance et que l'objet de cette convention est un service financier: un délai de

<sup>50</sup> Voy. les travaux préparatoires de la loi sur le crédit à la consommation: « Corollaire de la suppression du système de l'offre de crédit, la quasi-généralisation du délai de réflexion est destinée à réduire autant que possible les effets des décisions irréflectées ou impulsives des consommateurs. En matière de crédit, il convient en effet de garantir un degré élevé de consentement dans le chef des emprunteurs » (Doc. parl., Chambre, sess. ord. 2001-2002, n° 1730/1, p. 5). Voy. aussi E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804: un régime en mouvement sous une lettre figée », in P. WÉRY (sous la dir. de), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 106, n° 51; L. VANDENHOUTEN, « Délai de réflexion et droit de repentir », M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat - Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 561, n° 7; P. WÉRY, « L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faure de l'autre partie », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, éd. du Jeune barreau, 2008, p. 281, n° 21; E. TERRY, « Le droit de rétractation, les principes de l'acquis communautaire et le projet de cadre commun de référence », E. TERRY (sous la dir. de), *Le droit de rétractation - Une analyse de droit comparé - Droits européens, allemand, français, néerlandais et belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 126, n° 6.

<sup>51</sup> Dans l'hypothèse d'une police présignée ou d'une demande d'assurance, « le preneur d'assurance doit, sauf pour les contrats d'une durée inférieure à trente jours, disposer de la faculté de résilier le contrat, avec effet immédiat au moment de la notification, dans un délai de trente jours pour les contrats d'assurance sur la vie et de quatorze jours pour les autres contrats d'assurance à compter de la réception par l'assureur de la police présignée ou de la demande. De son côté, l'assureur peut, sauf pour les contrats d'une durée inférieure à trente jours, résilier le contrat (dans un délai de trente jours pour les contrats d'assurance sur la vie et de quatorze jours pour les autres contrats d'assurance) de la réception de la police présignée ou de la demande, la résiliation devenant effective huit jours après sa notification. Ces dispositions doivent expressément être mentionnées dans les conditions de la police présignée ou de la demande » (article 4 de la loi sur le contrat d'assurance).



quatorze jours calendrier lui est en effet octroyé<sup>52</sup>. La loi sur le contrat d'assurance instaure un mécanisme similaire (sans être identique, cependant<sup>53</sup>) en son article 4. Le paragraphe 2bis de cette disposition<sup>54</sup>, dont l'application est prioritaire à celle de l'article 53 de la L.P.M.C.<sup>55</sup>, concerne spécifiquement le contrat d'assurance à distance. Il faut toutefois noter que, pour certains contrats d'assurance, le droit de résiliation est exclu. Sont notamment visées les polices d'assurance de voyage ou de bagages<sup>56</sup>. Conformément à l'article 4, § 2bis, alinéa 2, de la loi sur le contrat d'assurance, tant le preneur que l'assureur « disposent d'un délai de quatorze jours pour résilier le contrat d'assurance, sans pénalité et sans obligation de motivation »<sup>57</sup>.

**16. Considérations critiques.** – Ces mécanismes constituent assurément des moyens efficaces pour protéger la partie faible.

Encore faut-il, cependant, que le consommateur soit correctement informé de l'existence de ce droit et de ses modalités de mise en œuvre. En outre, la procédure à suivre pour exercer le droit doit être aussi simple que possible, pour éliminer tout obstacle de nature à dissuader le consommateur d'y recourir. En ce sens, on pourrait utilement s'inspirer du dispositif mis en place par la récente directive 2011/83/UE relative aux

<sup>52</sup> Article 53 de la L.P.M.C. Cependant, en vertu de l'article 53, § 2, « Le droit de rétractation ne s'applique pas : 1° aux services financiers dont le prix dépend des fluctuations du marché financier sur lesquelles le fournisseur n'a aucune influence, et qui sont susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation. Cela vaut notamment pour des services liés aux :

- opérations de change,
- instruments du marché monétaire,
- titres négociables,
- parts dans les entreprises de placement collectif,
- contrats financiers à terme (*futures*), y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces,
- contrats à terme sur taux d'intérêt (*FRA*),
- contrats d'échange (*swaps*) sur taux d'intérêt ou sur devises et contrats d'échange sur des flux liés à des actions ou à des indices d'actions (*equity swaps*),
- options visant à acheter ou à vendre les instruments visés par le présent point, y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces, en particulier les options sur devises et sur taux d'intérêt;

2° aux contrats exécutés intégralement par les deux parties, à la demande expresse du consommateur, avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation;

3° aux contrats de crédit hypothécaire soumis à la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire. »

<sup>53</sup> Sur les différences entre le droit de renonciation rencontré classiquement en droit de la consommation et le mécanisme instauré par la loi sur le contrat d'assurance, voy. L. VANDENHOUTEN, « Délai de réflexion et droit de repentir », *op. cit.*, pp. 587-588, n° 30.

<sup>54</sup> À ce propos, voy. J.-L. FAGNIART et C. PARIS, « Le contrat d'assurance : sa genèse et les questions de preuve », *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police* 2009, Bruges, la Chartre, 2009, pp. 322-323, n° 7; H. JACQUEMIN, « Conclusion et preuve du contrat d'assurance dans l'environnement numérique », *For. ass.*, 2010, pp. 251-252.

<sup>55</sup> *Specialia generalibus derogant.*

<sup>56</sup> Article 4, § 2bis, alinéa 5, de la loi sur le contrat d'assurance.

<sup>57</sup> Par exception, pour les contrats d'assurance sur la vie, le délai est de trente jours (article 4, § 2bis, alinéa 2, *in fine*).

droits des consommateurs<sup>58</sup>. En annexe de la directive figurent en effet des informations standardisées sur la rétractation, ainsi qu'un modèle de formulaire de rétractation que le consommateur est invité à utiliser.

Parallèlement, des sanctions efficaces doivent être prévues, de sorte que les prestataires soient encouragés à respecter scrupuleusement leurs obligations légales (à ce sujet, voy. *infra*, n°s 18 et s.).

Il reste à espérer que les mécanismes prévus par les différentes lois tendent à s'harmoniser. Telle semble être la voie suivie. Désormais, les délais sont généralement de quatorze jours<sup>59</sup>, ce qui permet de simplifier les hypothèses dans lesquelles plusieurs lois doivent être articulées, comme en matière de crédit à la consommation et de contrat conclu à distance.

### Section 3 Sanctions civiles

**17. Sanctions pénales, administratives ou civiles.** – L'établissement de sanctions efficaces, dissuasives et proportionnées<sup>60</sup> figure également au nombre des mesures susceptibles d'être utilisées par le législateur pour protéger le consommateur de produits ou services financiers. Leur effet préventif ou, le cas échéant, curatif (et réparateur) contribue en effet au respect des mécanismes de protection prescrits par ailleurs : obligations d'information, règles de forme, droit de rétractation, etc.

<sup>58</sup> Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/877/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, J.O. L 304 du 22 novembre 2011. On note cependant que la directive ne s'applique pas aux contrats portant sur des services financiers (article 3.3.d.).

<sup>59</sup> On note qu'avant la modification de 2010, le délai de renonciation accordé au consommateur en matière de crédit à la consommation était de sept jours ouvrables (article 18 de la loi, ancienne mouture). Désormais, il a été porté à quatorze jours (article 18 de la loi, tel qu'en vigueur).

<sup>60</sup> Cette triple exigence figure dans la plupart des directives européennes, à charge pour les États membres d'introduire des sanctions qui y répondent adéquatement. Voy., par exemple, l'article 11 de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, J.O. L 271 du 9 octobre 2002; l'article 23 de la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, J.O. L 133 du 22 mai 2008 ou l'article 51 de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, J.O. L 145 du 30 avril 2004.

Les sanctions peuvent être de nature pénale<sup>61</sup>, administrative<sup>62</sup> ou civile.

Dès lors que cette contribution porte spécifiquement sur les aspects contractuels des mécanismes de protection du consommateur, nous nous limiterons aux sanctions civiles. À cet égard, une distinction doit être faite entre les sanctions expressément prévues par les textes légaux (sous-section 1) et celles qui résultent de l'application de la théorie générale des contrats (sous-section 2). Nous posons également un regard critique sur les sanctions civiles et formulons quelques propositions de *lege ferenda* (sous-section 3).

#### Sous-section 1

#### Sanctions civiles expressément prévues par les textes légaux

18. *Diversité des sanctions civiles.* – Les sanctions civiles expressément prévues par les législations applicables aux produits et services financiers à destination des consommateurs sont nombreuses et variées. Nous examinons la conversion, la nullité et la responsabilité civile du prestataire.

19. *Conversion de l'acte juridique.* – Dans certains cas, la sanction civile expressément prévue par la loi en cas de non-respect des règles prescrites consiste à convertir l'acte juridique. Plus précisément, il s'agit de modifier les obligations résultant de l'acte juridique litigieux (généralement un contrat), conformément aux dispositions légales impératives applicables en l'espèce<sup>63</sup>. Deux hypothèses sont envisageables selon qu'il y a ou non disqualification. Sans disqualification, l'acte juridique conserve sa qualification initiale, mais les obligations qui en résultent sont modifiées en faveur de la partie faible au rapport contractuel. Dans la seconde hypothèse, la modification des obligations est telle que l'acte juridique perd sa qualification initiale, pour être disqualifié (ou requalifié) en un autre acte juridique. Il faut dès lors se soumettre au nouveau régime qui lui est applicable.

En général, l'acte juridique n'est pas disqualifié. La modification des obligations résultant du contrat consiste à réduire les obligations du consommateur ou à accroître ses droits. Corrélativement, les obligations de son cocontractant sont renforcées. Cette

<sup>61</sup> Voy., par exemple, les articles 101 et suivants de la loi sur le crédit à la consommation; les articles 104 et suivants de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit; l'article 15 de la loi sur l'intermédiation en assurance; les articles 148 et suivants de la loi sur le statut et le contrôle des entreprises d'investissement ou les articles 124 et suivants de la L.P.M.C.

<sup>62</sup> Voy., par exemple, les articles 103 et suivants de la loi sur le statut et le contrôle des entreprises d'investissement; les articles 78 et suivants de la loi sur le crédit à la consommation ou les articles 15bis et suivants de la loi sur l'intermédiation en assurance.

<sup>63</sup> La conversion légale doit d'ailleurs être distinguée de la conversion judiciaire. À propos de la conversion, et principalement de la conversion judiciaire, voy. J. RONSE, « Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen », T.P.R., 1965, pp. 199-224; S. STIJNS, « Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming », *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Anvers, Intersentia, 2002, pp. 251-254; I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 326-327, n° 82; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel – Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit., pp. 430 et s., n° 320 et 322. On parle aussi de requalification (G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Défrénois*, 2000, pp. 891-892). À propos de la disqualification en droit des sociétés et ses rapports avec la nullité, voy. M. COPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de société », *Rép. not.*, t. II, II, Bruxelles, Larcier, 1982, n° 94, 95, 113 et 162-1.

modification du contenu contractuel peut constituer une sanction financière ou résider dans l'établissement de conditions plus favorables – autres que strictement financières – à la partie faible au moment de l'exécution du contrat ou pour y mettre fin.

Par exemple, en cas de non-respect de mentions requises conformément à l'article 14 de la loi sur le crédit à la consommation<sup>64</sup>, l'article 86, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi prévoit deux sanctions distinctes : l'annulation du contrat ou la réduction des obligations du consommateur au maximum jusqu'au prix au comptant ou au montant emprunté. Dans ce dernier cas, le consommateur pourrait ainsi être dispensé de rembourser tout ou partie des intérêts<sup>65 66</sup>.

Des sanctions de nature pécuniaire figurent également dans la loi sur le crédit hypothécaire. Une sanction civile spécifique est ainsi prévue en cas de non-respect de l'article 20, prévoyant notamment le formalisme lié à l'autorisation d'émettre des lettres de change ou de souscrire des billets à ordre en représentation d'un crédit hypothécaire<sup>67</sup>. L'article 31 dispose en effet que « celui qui fait signer une lettre de change ou un billet à ordre en représentation d'un crédit hypothécaire ou présente un tel effet au paiement sans se conformer aux dispositions de l'article 20 est tenu de rembourser à l'emprunteur les intérêts courus du contrat de crédit »<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Plus précisément, il s'agit des mentions visées aux articles 14, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, § 2, 5<sup>o</sup> à 14<sup>o</sup>, 18<sup>o</sup>, 20<sup>o</sup> et 22<sup>o</sup> et de celles visées à l'article 14, § 2, 1<sup>o</sup> à 4<sup>o</sup>, 15<sup>o</sup> à 17<sup>o</sup>, 19<sup>o</sup> et 23<sup>o</sup>.

<sup>65</sup> Avant la modification de la loi, en 2010, cette disposition avait donné lieu à un abondant contentieux. Voy. J.P. Courtrai, 4 mars 1997, J.J.P., 1998, p. 120; J.P. Comines, 13 septembre 1999, J.J.P., 2000, p. 121; J.P. Torhout, 16 mars 1999, R.W., 1999-2000, p. 373; J.P. Saint-Nicolas, 1<sup>er</sup> décembre 1999, D.C.C.R., 2000, p. 182, note J. VAN LYSBETTERNS; J.P. Bree, 30 décembre 1999, J.J.P., 2002, p. 109; Civ. Bruges, 21 janvier 2000, R.G.D.C., 2000, p. 378; Civ. Gand, 21 janvier 2000, J.J.P., 2002, p. 93; J.P. Landen, 28 juin 2000, *Ann. crédit*, 2000, p. 44, confirmé par Civ. Louvain, 13 mars 2002, *Ann. crédit*, 2002, p. 63; J.P. Landen, 27 septembre 2000, *Ann. crédit*, 2000, p. 53; J.P. Courtrai, 28 février et 11 avril 2001, *Ann. crédit*, 2001, p. 86, note F. OE PATOUL; J.P. Saint-Nicolas, 28 mars 2001, *Ann. crédit*, 2001, p. 124; J.P. Bruges, 19 novembre 2001, A.J.T., 2001-2002, p. 924, note R. STEENNOT, confirmé par Civ. Bruges, 28 mars 2003, J.J.P., 2003, p. 379; J.P. Saint-Nicolas, 4 décembre 2001, *Ann. crédit*, 2001, p. 161; J.P. Torhout, 4 décembre 2001, *Ann. crédit*, 2001, p. 221; Civ. Termonde, 28 février 2002, *Ann. crédit*, 2002, p. 55; J.P. Tiel, 8 mai 2002, R.A.B.G., 2003/1, p. 14; J.P. Grâce-Hollogne, 13 août 2002, J.L.M.B., 2003, p. 1235; J.P. Bruges, 30 septembre 2002, *Ann. crédit*, 2002, p. 89; J.P. Izegem, 11 décembre 2002, J.J.P., 2006, p. 29, note F. EVERS; Comm. Bruxelles, 29 juillet 2003, R.A.B.G., 2005, p. 332, note F. BONNAERENS; J.P. Grâce-Hollogne, 22 avril 2004, J.L.M.B., 2006, p. 291, note P. DEJEMPEPE; J.P. Izegem, 19 mai 2004, J.J.P., 2006, p. 44, note F. OE PATOUL; J.P. Brassaart, 13 juillet 2004, J.J.P., 2006, p. 49, note R. STEENNOT; J.P. Saint-Nicolas, 4 août 2004, J.J.P., 2006, p. 32; J.P. Grâce-Hollogne, 5 juin 2007, J.L.M.B., 2008, p. 107, note Ch. BIQUET-MATHIEU.

<sup>66</sup> Pour désigner cette sanction, un auteur français considère qu'elle consiste en une déchéance du droit aux intérêts (S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 169, n° 158).

<sup>67</sup> Le législateur se montre extrêmement méfiant à l'égard de ces effets de commerce – une sanction pénale est également prévue – compte tenu de leur danger : l'emprunteur pourrait en effet devoir payer deux fois : une fois en vertu de l'acte constitutif et une autre sur la base de la lettre de change (G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire – Examen de la loi du 4 août 1992*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 78-79, n° 155).

<sup>68</sup> Le crédit est donc maintenu (G. JAKHIAN, op. cit., p. 78, n° 155). En outre, si l'emprunteur est en défaut de payer une somme due et que le prêteur néglige de l'avertir des conséquences qui en résultent par lettre recommandée à la poste, « la majoration contractuelle du taux d'intérêt pour retard de paiement telle que prévue à l'article 1907 du Code civil ne peut pas être appliquée sur ladite échéance ; en outre, pour cette échéance, un délai de paiement de six mois sans frais ni intérêts complémentaires doit être accordé ; ce délai prend cours le jour de l'échéance non payée » (article 45, alinéa 2).

La conversion peut aussi consister à autoriser la partie faible à mettre fin au contrat dans des conditions plus favorables que celles normalement prévues. En cas de non-respect des obligations d'information requises dans le cadre des contrats à distance portant sur des services financiers (articles 50, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, 51 et 52 de la L.P.M.C.<sup>69</sup>), «le consommateur peut résilier le contrat sans frais ni pénalités, par lettre recommandée à la poste et motivée, dans un délai raisonnable à partir du moment où il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance du non-respect de ces obligations» (article 55, § 2, de la L.P.M.C.).

La sanction résultant du paragraphe 2bis de l'article 4 de la loi sur le contrat d'assurance peut aussi être citée. Cette disposition octroie un droit de résiliation pour le contrat d'assurance conclu à distance. Sauf exception pour l'assurance vie, le délai commence à courir à partir de la conclusion du contrat (article 4, § 2bis, alinéa 3, premier tiret, de la loi sur le contrat d'assurance). Il est toutefois indiqué qu'il commence à courir «à compter du jour où le preneur d'assurance reçoit les conditions contractuelles et toutes autres informations complémentaires, si ce dernier jour est postérieur à celui visé au premier tiret». Si les informations sont communiquées avec retard, le point de départ du délai est différé en conséquence. En pratique, le preneur a donc plus de temps pour résilier le contrat.

Enfin, on peut encore mentionner la méconnaissance de diverses obligations énumérées à l'article 63 de la loi sur les services de paiement, qui permet à l'utilisateur de résilier le contrat-cadre sans délai et sans frais ni pénalités<sup>70</sup>. Sont notamment concernés les manquements à certaines exigences d'information<sup>71</sup> ou le non-respect, par le prestataire, de son obligation de remboursement immédiat en cas d'opération de paiement non autorisée<sup>72</sup>.

20. *Nullité du contrat.* – L'inobservation des règles de protection du consommateur peut également être sanctionnée par la nullité du contrat.

L'annulation du contrat est ainsi l'une des sanctions que le juge peut prononcer lorsque les mentions requises conformément à l'article 14 de la loi sur le crédit à la consommation sont absentes<sup>73</sup> (article 86, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi sur le crédit à la consommation).

21. *Responsabilité du prestataire.* – En matière de services de paiement, si le prestataire n'a pas fourni à l'utilisateur une «description des risques et des mesures de prudence que l'utilisateur de services de paiement prend pour préserver la sécurité d'un instrument de paiement, de même que les modalités de notification au prestataire de services

<sup>69</sup> On notera que les manquements aux obligations d'information portant sur le fournisseur ou le recours (article 50, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>), ne sont pas visés.

<sup>70</sup> Pour une mesure similaire, voy., en matière de contrats à distance portant sur des services financiers, l'article 55, § 2, de la L.P.M.C.

<sup>71</sup> Voy. not. les articles 13, 14, 2<sup>o</sup> à 6<sup>o</sup>, 15, 23, alinéa 2, ou 25 de la loi sur les services de paiement.

<sup>72</sup> Article 36, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi sur les services de paiement.

<sup>73</sup> Appliquant cette sanction, voy. J.P. Mons, 25 janvier 1999, *Ann. crédit*, 1999, p. 182; J.P. Kapellen, 18 septembre 2002, *J.J.P.*, 2003, p. 216; J.P. Courtrai, 1<sup>er</sup> mars 2005, *J.J.P.*, 2007, p. 414, note P. MAISETTI.

de paiement au regard de l'article 31, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> »<sup>74</sup>, ou s'il n'a pas nui en place des dispositifs de sécurité personnalisés<sup>75</sup> ou des moyens appropriés pour notifier les opérations de paiement non autorisées<sup>76</sup>, le régime de responsabilité établi à l'article 62 de la loi sur les services de paiement s'applique. Conformément à celui-ci, le prestataire est responsable, vis-à-vis de l'utilisateur, des conséquences résultant de l'usage d'un instrument de paiement par un tiers non autorisé. La règle ne s'applique toutefois pas s'il démontre une fraude dans le chef du payeur.

## Sous-section 2

### Sanctions civiles tirées de la théorie générale des contrats

22. *Dans quelles hypothèses les sanctions résultant de la théorie générale des contrats peuvent-elles être mises en œuvre?* – Conformément à la théorie générale des contrats, de nombreuses sanctions peuvent être envisagées en cas de méconnaissance des règles établies par la loi ou par les parties. Il convient d'établir s'il est permis de les invoquer en cas de violation des règles de protection du consommateur de produits ou services financiers. *A priori*, aucune difficulté ne se pose lorsqu'il n'existe pas de sanction civile spécifique, expressément prévue par la loi<sup>77</sup>.

Si une sanction civile est expressément prévue, plusieurs hypothèses peuvent être distinguées.

Soit la sanction tirée de la théorie générale des contrats est *différente* de la sanction expressément prévue par la législation particulière et les deux mesures sont *incompatibles* entre elles. Tel peut être le cas si l'on souhaite invoquer la nullité prétorienne (sur cette sanction, voy. *infra*, n° 24), alors que la loi prévoit que l'acte juridique doit faire l'objet d'une conversion. Dans cette hypothèse, à peine de méconnaissance la volonté du législateur, il ne paraît pas contestable que seule la sanction expressément prévue par la législation particulière puisse être mise en œuvre.

Soit les sanctions tirées de la théorie générale des contrats et expressément prévues par la législation particulière sont *différentes*, mais *complémentaires*. On peut ainsi imaginer qu'outre la nullité du contrat, prescrite par la loi, la partie faible souhaite obtenir des dommages-intérêts, conformément aux articles 1382 et 1383 du Code civil, pour réparer intégralement le dommage qui lui a été causé. Rien n'empêche de prononcer cumulativement ces deux sanctions.

<sup>74</sup> Article 14, 5<sup>o</sup>, a), de la loi sur les services de paiement.

<sup>75</sup> Article 32, 1<sup>o</sup>, de la loi sur les services de paiement.

<sup>76</sup> Article 32, 3<sup>o</sup>, de la loi sur les services de paiement.

<sup>77</sup> Voy. en particulier les mesures prescrites par les articles 7, 8, 10 et 13 de la L.S.S.I.; l'article 50, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, de la L.P.M.C.; l'article 4, §§ 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> et 3 de la loi sur le contrat d'assurance; l'article 20 de l'arrêté royal du 3 juin 2007; l'article 14, 1<sup>o</sup> et 7<sup>o</sup>, et les articles 18 à 20 de la loi sur les services de paiement (qui ne sont pas visés à l'article 63 de la loi sur les services de paiement) ou l'article 47 de la loi sur le crédit hypothécaire.

L'articulation exposée s'applique sans préjudice d'une intervention spécifique du législateur<sup>78</sup>, pour régler la question. Dans la loi sur le crédit hypothécaire, par exemple, si le prêteur ne respecte pas ses obligations, l'emprunteur peut « rembourser le crédit à tout moment et sans indemnité quelconque à sa charge » (article 28, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>). Il est toutefois précisé que ce droit « ne porte pas préjudice aux autres droits et recours que l'emprunteur peut faire valoir » (article 28, § 2)<sup>79</sup>.

23. *Mode de présentation des sanctions.* – Les sanctions susceptibles d'être prononcées conformément à la théorie générale des obligations sont nombreuses et variées. Pour les présenter, il peut être fait référence aux objectifs poursuivis par les mécanismes de protection du consommateur<sup>80</sup>.

Lorsque les règles visent à protéger le consentement de la partie faible, de sorte qu'il soit informé et réfléchi, leur méconnaissance peut être sanctionnée par l'annulation de la convention, pour vice du consentement (dol ou erreur) ou par application de la nullité prétorienne. La responsabilité civile aquilienne du professionnel pourrait également être engagée s'il est démontré qu'il a commis une faute au stade précontractuel, en lien de causalité avec le dommage<sup>81</sup> (articles 1382-1383 du Code civil).

Si les règles de protection ont pour but d'informer la partie faible sur des éléments de fait ou de droit utiles en cours d'exécution du contrat, d'autres mesures, spécifiques à l'inexécution des obligations contractuelles, peuvent être envisagées. Outre l'exception d'inexécution, le créancier pourrait s'adresser au juge pour demander la condamnation du débiteur à s'exécuter en nature ou pour engager la responsabilité contractuelle de ce dernier.

Nous nous attardons sur la nullité prétorienne (*infra*, n° 24) et sur la responsabilité civile du fournisseur de services financiers (*infra*, n° 25).

24. *Nullité prétorienne.* – Dans un arrêt du 16 mars 2009, la Cour d'appel de Bruxelles a décidé que « la sanction du défaut d'écrit conforme à la loi n'est pas prévue par le texte légal, mais dans la mesure où cette formalité vise à protéger les clients, la partie faible au contrat, ce défaut de validité formelle doit être sanctionné par la nullité rela-

tive par application de la théorie générale des nullités »<sup>82</sup>. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Bruxelles devait se prononcer sur la violation des exigences formelles prescrites par l'arrêté royal du 5 août 1991 relatif à la gestion de fortune et au conseil en placement<sup>83</sup>. Cet arrêté royal a été abrogé et remplacé par l'arrêté royal du 3 juin 2007; cependant, les règles de forme à respecter se recouvrent, quel que soit le texte envisagé (l'arrêté royal du 5 août 1991 ou celui du 3 juin 2007) et, de manière identique, sont dépourvues de sanction civile expressément prévue par celui-ci<sup>84</sup>.

Conformément à la théorie générale des contrats, la nullité peut être prononcée alors même qu'aucune disposition légale ne le prévoit expressément. Les nullités peuvent être textuelles ou virtuelles<sup>85</sup>. D'un point de vue terminologique, il nous semble plus adéquat d'abandonner l'adjectif « virtuel », au profit de l'expression « nullité prétorienne ».

L'adage « pas de nullité sans texte » n'a pas cours en droit civil; aussi, même en l'absence de texte de loi stipulant que l'inobservation de la règle est sanctionnée de nullité, le juge peut la prononcer « s'il apparaît, eu égard à la gravité de l'infraction, que le but et le caractère de la règle violée ou la nature des choses requièrent, en raison, le recours à cette sanction »<sup>86</sup>. Un élément limite cependant le recours à la nullité prétorienne: comme l'affirment fort justement C. Renard et E. Vieujean, « on se gardera de l'admettre, lorsqu'elle paraît mal adaptée au milieu de fait où elle aurait à opérer. Mieux vaut alors tolérer l'efficacité de l'acte comme un moindre mal, sauf à user d'une autre sanction pour réprimer l'atteinte qu'il porte au droit »<sup>87</sup>. On retrouve ainsi les deux principes de base sur lesquels repose la théorie des nullités et qui conditionnent son régime<sup>88</sup>: les objectifs poursuivis par la règle violée, d'une part, le milieu dans lequel opère la sanction<sup>89</sup>, d'autre part. De manière générale, on estime aussi que la nullité

<sup>82</sup> Bruxelles, 16 mars 2009, D.B.F., 2009, p. 237, J.T., 2009, p. 757, R.G.D.C., 2010, p. 353, note H. JACQUEMIN, R.D.C., 2011, p. 338, note A. ANDRÉ-DUMONT.

<sup>83</sup> Pour un commentaire de cet arrêt, voy. H. JACQUEMIN, « Le formalisme de la convention de gestion de portefeuille en question », note sous Bruxelles, 16 mars 2009, R.G.D.C., 2010, pp. 360 et s. Le présent numéro est principalement tiré de ce commentaire.

<sup>84</sup> L'analyse de l'arrêt peut par conséquent être transposée au cadre normatif actuellement en vigueur.

<sup>85</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 143, n° 96 et p. 145, n° 97; C. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge », *Ann. dr. Liège*, 1962, pp. 267-268; V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », in E. VIEUJEAN (sous la dir. de), *Les nullités en droit belge – Sanctions du vice et conséquences*, Liège, éd. du Jeune barreau, 1991, p. 37.

<sup>86</sup> C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 268; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 143, n° 96 (« pour apprécier s'il y a nullité et quelle en est l'intensité, le juge devra rechercher l'importance de la règle légale, ou la nature même des choses. Il se guidera d'après le bon sens autant que d'après la structure technique des règles »). Voy. aussi P. WÉRY, « La nullité des contrats d'organisation de voyages et d'intermédiaire de voyages pour méconnaissance des formalités légales », note sous Cass., 26 mai 2006, R.G.D.C., 2007, pp. 480-481, n° 4-5.

<sup>87</sup> C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 268.

<sup>88</sup> Voy. aussi V. BASTIAEN et G. THOREAU, *op. cit.*, pp. 76-79; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1909, p. 531; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965 (réimpression de l'édition de 1937), pp. 166-167.

<sup>89</sup> En indiquant qu'il faut se référer au milieu dans lequel la sanction intervient, on insiste sur le fait qu'il faut mettre en balance les intérêts en présence et déterminer s'il faut privilégier la protection d'un cocontractant, celle des tiers, voire de la société en général (C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, pp. 265-266).

<sup>78</sup> Voy. aussi la loi sur le crédit à la consommation qui autorise le juge à annuler le contrat ou à réduire les obligations de l'emprunteur « sans préjudice des sanctions de droit commun » (article 86, alinéa 1<sup>er</sup>).

<sup>79</sup> Rappelant la règle de l'article 3 de la loi, selon laquelle « toute stipulation contraire aux dispositions du présent titre et de ses arrêtés d'exécution est nulle », J.-M. TRIGAUX estime qu'« outre le droit au remboursement, l'emprunteur pourrait demander la nullité du contrat de crédit hypothécaire conclu sans avoir respecté les formalités prévues par la loi » (J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. dr.*, 1997, p. 209). Comp. G. JAKHIAN, *op. cit.*, p. 87, n° 179, qui estime que s'il existe une sanction déterminée (violation des articles 20 ou 21), ni l'article 28, ni l'article 3 ne peuvent être invoqués.

<sup>80</sup> Sur cette présentation et, de manière générale, sur les sanctions tirées de la théorie générale des contrats, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, pp. 445 et s., n° 326 et s.

<sup>81</sup> En complément à la nullité prétorienne ou pour vice de consentement, ou indépendamment de celle-ci.

prétorienne peut être prononcée lorsqu'une disposition impérative est violée ou en cas de méconnaissance d'une formalité substantielle<sup>90</sup>.

En matière de formalisme, par exemple, il est ainsi admis que la nullité prétorienne s'applique à la méconnaissance des exigences auxquelles sont soumis les contrats solennels du Code civil<sup>91</sup> (contrat de mariage ou hypothèque conventionnelle<sup>92</sup>) ou à celles prescrites par certaines législations de protection de la partie faible (exigence d'un bon de commande conformément à l'article 79 de la L.P.M.C.<sup>93</sup> ou formalités de la loi sur le contrat de voyage<sup>94</sup>).

S'agissant de la gestion de portefeuille, cette mesure est également admise, en doctrine<sup>95</sup> et en jurisprudence<sup>96</sup>, lorsque les exigences de l'article 8 de l'arrêté royal du 5 août 1991 ont été violées. Précisons également qu'en égard aux objectifs poursuivis, la nullité est relative<sup>97</sup>. En principe, l'acte juridique sanctionné de nullité ne peut produire aucun effet pour l'avenir<sup>98</sup>. On empêche également que les effets qui se sont

<sup>90</sup> C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 268 (ces auteurs parlent uniquement de la méconnaissance d'une formalité substantielle); M. VON KUEGELGEN, «Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités», P.-A. FORIERIS (sous la dir. de), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. du Jeune barreau, 2000, pp. 577-578, n° 10.

<sup>91</sup> Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...* *op. cit.*, pp. 450-451, n° 332 et les réf. citées.

<sup>92</sup> S'agissant de la donation, la nullité est expressément prévue à l'article 931 du Code civil.

<sup>93</sup> Sous l'empire d'une législation précédente, voy. Civ. Liège, 16 janvier 1974, *Jur. Liège*, 1973-1974, p. 291.

<sup>94</sup> Cass., 26 mai 2006, D.C.C.R., 2007, p. 196, note P. WÉRY, J.L.M.B., 2007, p. 339, *Pas.*, 2006, livr. 5-6, p. 1216, R.G.D.C., 2007, p. 476, note P. WÉRY; Anvers, 21 février 2007, D.C.C.R., 2008, p. 49, note H. DE CONINCK. Voy. aussi Anvers, 23 novembre 2004, D.C.C.R., 2005, p. 41, note F. VAN BELLINGHEN.

<sup>95</sup> D. ROGER et M. SALMON, «Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placement», J.T., 1998, p. 396, n° 16; F. LONGFILS, «Conseil en placement: notion et sanction», note sous Bruxelles, 12 octobre 2001, D.C.C.R., 2003/60, pp. 58-59, n° 60; P. WÉRY, «La gestion de fortune au regard du droit commun du mandat», *Bankcontracten*, Bruges, la Charte, 2004, p. 329, n° 7; M.-D. WEINBERGER, *Gestion de portefeuille et conseil en investissement - Aspects contractuels et de responsabilités avant et après MiFID*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 92 et s., n° 133 et s.; *id.*, «Réflexions sur la notion d'objectifs de gestion», note sous Comm. Bruxelles, 11 avril 2008, R.D.C., 2010, p. 165. Voy. cependant J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, note sous Comm. Bruxelles, 23 septembre 2004, R.D.C., 2006, p. 125, qui estiment qu'il n'existe par ailleurs aucun principe général selon lequel l'omission, dans une convention, d'une mention stipulée à titre obligatoire entraînerait, indépendamment de toute spécification expresse du législateur à cet effet, la nullité de la convention, même si l'on admet que ces mentions ont pour objet d'éclairer le consentement du client. Il convient donc de s'en référer au droit commun de la responsabilité, en examinant notamment le lien causal avec le dommage subi.

<sup>96</sup> Comm. Bruxelles, 23 septembre 2004, R.D.C., 2006, p. 125, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX; Bruxelles, 12 octobre 2001, D.C.C.R., 2003/60, p. 49, note F. LONGFILS.

<sup>97</sup> F. LONGFILS, *op. cit.*, pp. 58-59, n° 60; P. WÉRY, «La gestion de fortune au regard du droit commun du mandat», *op. cit.*, p. 329, n° 7; M.-D. WEINBERGER, *Gestion de portefeuille et conseil en investissement...*, *op. cit.*, pp. 92-93, n° 133-134.

<sup>98</sup> Sur les effets de la nullité lorsque les formalités de l'article 8 de l'arrêté royal du 5 août 1991 ont été méconnues, voy. D. ROGER et M. SALMON, *op. cit.*, p. 396, n° 16; F. LONGFILS, *op. cit.*, pp. 58-59, n° 60; M.-D. WEINBERGER, *Gestion de portefeuille et conseil en investissement...*, *op. cit.*, pp. 94 et s., n° 136-137. De manière générale, sur les effets de la nullité, voy. E. GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 161 et s.; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 149, n° 99; C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, pp. 285 et s.; V. BASTIAEN et G. THOREAU, *op. cit.*, pp. 100 et s.; M. VON KUEGELGEN, *op. cit.*, pp. 610 et s.; I. CLAEYS, «Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging», *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 323 et s.; T. STAROSSELETS, «Effets de la nullité», *La nullité des contrats*, formation permanente C.U.P., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 236 et s.

produits par le passé puissent subsister en disant que la nullité opère *ex tunc*, de manière rétroactive. La situation est relativement simple si l'acte juridique n'a reçu aucune exécution. Dans le cas contraire - exécution totale ou partielle - il convient de procéder à des restitutions pour rétablir le *statu quo ante*. Les choses reçues doivent être restituées en nature ou, si cela s'avère impossible, par équivalent.

Au moment de définir les conditions de mise en œuvre de la nullité prétorienne, il importe d'établir si la sanction est automatique, par le seul constat que les exigences légales (de forme, par exemple) ont été méconnues, ou s'il échut de démontrer qu'*in concreto*, leur violation a porté atteinte aux intérêts de la partie faible.

Dans l'arrêt précité du 16 mars 2009, la Cour d'appel de Bruxelles semble préférer la première branche de l'alternative. Elle juge en effet que «cette nullité s'impose du fait même de la violation de dispositions impératives de l'article 8 de l'arrêté royal du 5 août 1991, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un dommage»<sup>99</sup>. En matière de gestion de fortune, on trouve une analyse similaire dans un jugement rendu le 23 septembre 2004 par le tribunal de première instance de Bruxelles<sup>100</sup>.

Cette position ne nous paraît pas justifiée. À nos yeux, elle méconnaît en effet les principes de base qui sous-tendent l'application de la nullité prétorienne, en particulier la référence aux objectifs poursuivis par la règle violée. Aussi peut-on regretter que la jurisprudence n'ait pas suivi l'analyse défendue par la Cour de cassation dans son arrêt du 26 mai 2006<sup>101 102</sup>. Celle-ci avait en effet décidé «les formalités prévues [par les articles 9 et 23 de la loi sur le contrat de voyage] tendent à protéger les intérêts du voyageur. Leur non-respect peut entraîner une nullité relative que le juge apprécie selon la gravité de l'atteinte portée à ces intérêts». La Cour interdit ainsi toute application automatique de la nullité prétorienne<sup>103</sup>. Le juge du fond ne doit prononcer la sanction que si, dans le cas d'espèce, il est établi que les conséquences résultant de la méconnaissance des formes sont telles que le consentement de la partie faible n'a pas été donné en pleine connaissance de cause. Pour vérifier si les objectifs poursuivis

<sup>99</sup> Nous soulignons.

<sup>100</sup> Comm. Bruxelles, 23 septembre 2004, R.D.C., 2006, p. 125, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX. On notera qu'appel a été interjeté de cette décision.

<sup>101</sup> Cass., 26 mai 2006, D.C.C.R., 2007, p. 196, note P. WÉRY, J.L.M.B., 2007, p. 339, *Pas.*, 2006, livr. 5-6, p. 1216, R.G.D.C., 2007, p. 476, note P. WÉRY; Anvers, 21 février 2007, D.C.C.R., 2008, p. 49, note H. DE CONINCK. Voy. aussi Anvers, 23 novembre 2004, D.C.C.R., 2005, p. 41, note F. VAN BELLINGHEN.

<sup>102</sup> Dans cette affaire, les formes prescrites par les articles 9 et 23 de la loi sur le contrat de voyage avaient été méconnues. Cela dit, rien ne s'oppose à ce que l'on donne à l'arrêt une portée générale, en appliquant la sanction préconisée - et son régime - à la violation de formes de protection de la partie faible prescrites par d'autres dispositions (P. WÉRY, «La nullité des contrats d'organisation de voyages et d'intermédiaire de voyages pour méconnaissance des formalités légales», *op. cit.*, p. 481, n° 5).

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 481, n° 5 (l'auteur parle de nullité facultative).

par le législateur ont été méconnus et peuvent conduire à l'annulation du contrat, une appréciation *in concreto* s'impose<sup>104</sup>.

Cette position doit être approuvée<sup>105</sup>. En raisonnant de la sorte, on souligne en effet que la forme est au service du fond. Le formalisme contribue au respect des règles de fond nécessaires à la protection de la partie faible. Plus précisément, ces règles de fond visent en l'occurrence à garantir un consentement informé et réfléchi de l'une des parties, pour rééquilibrer la relation contractuelle, en combattant la faiblesse dont elle souffre. Le lien entre les règles de forme et les règles de fond est établi dans la mesure où la violation des formes doit s'apprécier à la lumière de celles-ci.

La partie faible ne peut se borner à invoquer la violation d'une disposition légale pour obtenir l'annulation du contrat : elle doit également démontrer l'atteinte portée à ses intérêts<sup>106</sup>. En exigeant du juge qu'il vérifie, *in concreto*, si les objectifs poursuivis ont été atteints, on prévient également les risques d'instrumentalisation de la sanction<sup>107</sup> : le contrat ne pourra en effet pas être annulé si la partie faible se plaint de l'absence d'une formalité mineure, dans le seul but de rompre abusivement le lien contractuel.

**25. Responsabilité civile.** – Dans diverses hypothèses, le professionnel de produits et services financiers peut engager sa responsabilité civile, contractuelle ou extracontractuelle, à l'égard du consommateur.

Ce dernier pourrait agir sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, pour engager la responsabilité aquilienne de son cocontractant. On considère en effet qu'en méconnaissant les obligations d'information qui lui incombent au stade précontractuel et, au plus tard, au moment de la formation du contrat, ce dernier n'agit pas

<sup>104</sup> Le juge ne doit pas apprécier la méconnaissance des objectifs *in abstracto*, pour considérer que, de manière générale, en matière de contrat de voyage, le voyageur normalement prudent et diligent est en position de faiblesse : en l'absence des formes visant à rééquilibrer la relation contractuelle, on présumerait que le voyageur n'a pas été protégé et que l'objectif n'a pas été atteint. Tel semblait être le raisonnement de la Cour d'appel et la Cour de cassation à censurer cette décision. Elle a en effet noté qu'« en considérant que les articles 9 et 23 de la loi [...] imposent, pour la formation du contrat, un formalisme renforcé, qu'ils ont pour finalité d'assurer la protection du consentement du consommateur » et que « leur non-respect est sanctionné par la nullité du contrat », l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision que le contrat est nul et que les défendeurs ont droit au remboursement de leur acompte. Dans cette mesure, le moyen est fondé ».

<sup>105</sup> À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...* *op. cit.*, pp. 451 et s., n° 333.

<sup>106</sup> Sa tâche est cependant facilitée dans la mesure où, pour l'application des dispositions légales, l'infériorité du client est présumée. Les techniques de protection auxquelles le législateur recourt (renforcement des obligations d'information, multiplication des règles de forme, caractère impératif des dispositions légales, etc.) permettent en effet de soutenir que le législateur considère le client de détail en position de faiblesse, sans qu'il soit requis de démontrer, pour l'application du cadre normatif, que tel est effectivement le cas. Aussi suffit-il au client de montrer qu'à l'instar du client considéré *in abstracto* par la loi, en l'absence d'écrit revêtu de diverses mentions informatives, il n'a pas été en mesure de consentir en pleine connaissance de cause (voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...* *op. cit.*, pp. 475-476, n° 350).

<sup>107</sup> *Ibid.*, pp. 505 et s., n° 376 et s.

de bonne foi et commet une faute délictuelle<sup>108</sup> (généralement qualifiée de *culpa in contrahendo*<sup>109</sup>).

Cette sanction est suggérée par certains auteurs à propos de la violation des obligations d'information de la L.S.S.I.<sup>110</sup>, de la L.P.M.C. – en matière de contrat à distance portant sur des services financiers<sup>111</sup> – ou de la loi sur le contrat d'assurance<sup>112</sup>. La sanction s'applique aussi en matière de gestion de portefeuille ou de conseil en investissement, spécialement si les exigences légales ont été méconnues<sup>113</sup>.

On pourrait aussi imaginer que, lorsque l'obligation d'information requise en cours de contrat ne peut être exécutée en nature, le consommateur cherche à engager la responsabilité contractuelle de son cocontractant, en démontrant l'existence d'une faute en lien de causalité avec le dommage.

Dans tous les cas, il conviendra d'apporter la preuve d'une faute en lien de causalité avec un dommage.

S'agissant particulièrement de la gestion de portefeuille et des conseils en investissements, la faute pourra être établie sans grande difficulté si le consommateur peut établir la violation d'obligations légales ou réglementaires spécifiques. Dans l'exécution du contrat de gestion de portefeuille, les obligations du professionnel sont généralement considérées comme étant de moyen<sup>114</sup> ; par contre, s'agissant par exemple de l'exigence

<sup>108</sup> Sur l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil en cas de violation d'une obligation d'information, voy. not. M.-P. NOËL, « La vente aux consommateurs – Tour d'horizon d'un contrat hors du (droit) commun », *La vente, un contrat usuel très réglementé*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 162, n° 26 ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, E. Scory-Scientia, 1999, p. 33, n° 45 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 473 et s., n° 596 et s. ; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 196 et s., n° 448 et s.

<sup>109</sup> Cette expression est clairement entrée dans le langage juridique même si des critiques peuvent être formulées quant à son utilisation : comme le note M. COIPEL, « cette formule, un brin pédante, est inutile et même déplacée, car elle a été introduite au dix-neuvième siècle, par Jhering (auteur allemand) à l'appui de l'idée d'une responsabilité précontractuelle de nature contractuelle » (M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, E. Scory-Scientia, 1999, p. 33, n° 45 ; voy. aussi J.-P. BUYLE, « Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des professionnels de la finance », *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil, formation permanente C.U.P.*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 176, n° 7, note 46).

<sup>110</sup> Ch. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs : articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur la signature électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce », *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Liège, formation permanente C.U.P., 2003, pp. 52-23, n° 39.

<sup>111</sup> J.-P. BUYLE, « Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des professionnels de la finance », *op. cit.*, p. 177, n° 7, note 54.

<sup>112</sup> Lorsque les formes sont dépourvues de sanction civile spécifique. Voy. J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, t. 3, *Droit privé des assurances terrestres*, *op. cit.*, p. 64, n° 79.

<sup>113</sup> Voy. M.-D. WEINBERGER, *Gestion de portefeuille et conseil en investissement...* *op. cit.*, pp. 139 et s.

<sup>114</sup> Sent. arb. Bruxelles, 29 mars 1996, R.D.C., 1996, p. 1078, note J.-P. BUYLE et X. THUNIS ; Gand, 18 février 2004, R.A.B.C., 2005, p. 297, note D. BLOMMAERT ; Gand, 5 mai 2004, N.J.W., 2005, p. 413, note R.S. ; Comm. Bruxelles, 30 septembre 2004, Dr. Banc. Fin., 2005, p. 61 ; Bruxelles, 19 février 2008, R.A.B.C., 2009, p. 1070, note S. DUE-RINCCKX ; Bruxelles, 19 février 2008, R.D.C., 2010, p. 148, note R. HAROY ; Comm. Bruxelles, 11 avril 2008, R.D.C., 2010, p. 160, note M.-D. WEINBERGER. Voy. aussi D. ROGER et M. SALMON, « Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placement », J.T., 1998, pp. 396 et s., n° 20 et s.



de rédiger un écrit, revêtu de diverses mentions, comme le prescrit le texte réglementaire, l'obligation est de résultat<sup>115</sup>.

Des doutes pourraient survenir au moment d'établir avec certitude le lien de causalité. Dans un arrêt du 16 mars 2009, la Cour d'appel de Bruxelles a ainsi jugé que « ce ne sont pas les retraits et les prélèvements effectués par les appelants qui ont causé le prétendu dommage subi par eux (appauvrissement de capital), mais bien l'usage qu'ils ont – tout à fait librement et en dehors de toute intervention de la banque – décidé d'en faire (donations, dépenses d'agrément, voyages, achats de biens périssables). Il y a donc interruption du lien causal entre la faute retenue dans le chef de la banque, à savoir le fait d'avoir agi comme gérant de fortune en dehors de tout contrat de gestion de fortune en bonne et due forme, et le dommage que les appelants prétendent avoir subi »<sup>116</sup>.

On peut se demander si la Cour d'appel de Bruxelles ne s'est pas montrée trop sévère en considérant qu'il n'existait pas de lien de causalité entre la faute de la banque et le dommage subi par les clients (avec les conséquences qui en résultent quant à la possible indemnisation du consommateur). Si l'on ne peut affirmer que ce lien de causalité est établi avec certitude, on pourrait en effet admettre qu'en l'absence de contrat de gestion de fortune en bonne et due forme, les clients ont *perdu une chance d'éviter le préjudice*<sup>117</sup>.

On pourrait ainsi remplacer le préjudice réellement subi par la *perte d'une chance que ce préjudice ne se réalise pas*. À la suite de la méconnaissance des formes, les clients ont en effet perdu une chance d'adopter une attitude plus prudente dans leur politique de retraits, dès lors que, sans la faute, ils auraient pu prendre connaissance des risques liés aux produits qu'ils avaient acquis et, ainsi, mieux préserver leur patrimoine à moyen terme. Ou a pu considérer que cette conception (dite extensive) de la perte d'une chance avait été condamnée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> En ce sens, Bruxelles, 16 mars 2009, D.B.F., 2009, p. 237, J.T., 2009, p. 757, R.G.D.C., 2010, p. 353, note H. JACQUEMIN, R.D.C., 2011, p. 338, note A. ANDRÉ-DUMONT; Comm. Bruxelles, 23 septembre 2004, R.D.C., 2006, p. 125, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX. En doctrine, voy. D. ROGER et M. SALMON, « Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placement », J.T., 1998, p. 402, n° 53 et s.; Mons, 7 octobre 2004, Dr. Banc. Fin., 2006, p. 94, et la note de S. DELAY, « Diversificatie: een gouden beleggingsregel », pp. 101 et s.

<sup>116</sup> D.B.F., 2009, p. 237, J.T., 2009, p. 757, R.G.D.C., 2010, p. 353, note H. JACQUEMIN, R.D.C., 2011, p. 338, note A. ANDRÉ-DUMONT.

<sup>117</sup> Sur l'application de la théorie de la perte d'une chance en matière de gestion de fortune, lorsque le gérant a manqué à ses obligations d'information ou a mal géré le portefeuille, voy. D. ROGER et M. SALMON, « Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placement », J.T., 1998, p. 402, n° 53 et s.; Mons, 7 octobre 2004, Dr. Banc. Fin., 2006, p. 94, et la note de S. DELAY, « Diversificatie: een gouden beleggingsregel », pp. 101 et s.

<sup>118</sup> Cass., ch. réun., 1<sup>er</sup> avril 2004, Arr. Cass., 2004, livr. 4, p. 549, J.D.J., 2004 (somm.), livr. 239, p. 44, J.T., 2005, p. 357, note N. ESTIENNE, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> avril 2004: une chance perdue pour les victimes de fautes médicales? », J.L.M.B., 2006, p. 1076, note A. PÜTZ et E. MONTERO, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque: un préjudice illusoire », N.J.W., 2005, p. 628, S. LIERMAN, Pas., 2004, p. 527, R.W., 2004-05, p. 106, note I. BOONE, « Het "verlies van een kans" bij onzeker causaal verband », R.G.D.C., 2005, p. 368, note C. EYBEN, « La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée? », Bull. ass., 2006, p. 235. Sur cet arrêt et l'interprétation qui peut en être donnée, voy. outre les commentaires précités, R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, « La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic: un préjudice réparable? – La perte d'une chance de ne pas naître? », note sous Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, R.G.D.C., 2006, pp. 127-132, n° 17-21; B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question: le droit contre l'aléa », J.T., 2007, pp. 490-491.

Il semble cependant que cette hypothèse soit désormais admise, conformément à un arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 2008<sup>119</sup>. Lorsque le dommage réside dans la perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque, il va de soi que la réparation ne doit pas être équivalente à celle qui aurait pu être octroyée si le lien causal avait été certain (et si la chance d'éviter le dommage n'avait pas été perdue).

### Sous-section 3

#### Regards critiques sur les sanctions et propositions de *lege ferenda*

26. *Les sanctions remplissent-elles les fonctions qui leur sont assignées?* – S'il apparaît que la fonction préventive de la sanction n'a pas opéré et que celle-ci doit malgré tout être mise en œuvre (les mécanismes de protection du consommateur ayant été méconnus), on peut se demander si, à tout le moins, les sanctions civiles expressément prévues par les législations retenues ou résultant de la théorie générale des contrats remplissent adéquatement les fonctions exécutoires ou réparatrices qui leur sont assignées.

A défaut, on peut craindre, en effet, que la protection du consommateur ne soit pas assurée avec un niveau d'efficacité suffisamment élevé.

27. *Hypothèses dans lesquelles la fonction réparatrice est remplie.* – Dans diverses hypothèses, les sanctions civiles susceptibles d'être prononcées en cas de méconnaissance des règles de protection du consommateur ou services financiers permettent à tout le moins d'atteindre les fonctions réparatrices qui leur sont assignées, dans l'intérêt de cette dernière personne.

Ainsi, la sanction de conversion expressément prévue par des législations spécifiques, et consistant à modaliser l'exercice du droit de rétractation, peut se révéler pertinente à la lumière des objectifs poursuivis par les obligations d'information portant sur ce droit. Il peut en effet s'agir de la meilleure manière de procéder pour réparer le préjudice résultant de leur inobservation. Conformément aux dispositions de la L.P.M.C. relatives aux contrats à distance portant sur des services financiers, le consommateur bénéficie d'un délai de quatorze jours calendrier pour se rétracter du contrat, à partir du jour où le contrat est conclu (article 53, § 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C.). Pour garantir l'efficacité de la règle de protection, cette information doit être communiquée avant la formation du contrat (article 50, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>e</sup>, a, de la L.P.M.C.), sur un support papier ou sur un autre support durable (article 52, § 1<sup>er</sup>, de la L.P.M.C.). Si la formalité n'est pas respectée, concrètement si les informations mentionnées à l'article 52, § 1<sup>er</sup> ou § 2, de la L.P.M.C. n'ont pas été communiquées au consommateur au moment de la conclusion du contrat, le délai de quatorze jours commence au moment où il reçoit celles-ci. La sanction constitue une application de l'analyse fonctionnelle: aussi longtemps que le consommateur n'est pas informé de l'existence de son droit de se rétracter du contrat, le délai pour exercer celui-ci ne commence pas à courir. On neutralise ainsi les effets

<sup>119</sup> Cass., 5 juin 2008, J.T., 2009, p. 28, note A. PÜTZ, Bull. ass., 2008, p. 418, note H. BOCKEN, N.J.W., 2009, p. 31, R.W., 2008-09, p. 795, note S. LIERMAN. Sur cet arrêt, voy. aussi H. BOCKEN, « Verlies van een kans – Het cassatie arrest van 5 juni 2008 – Vervolg en (voorlopig?) slot », N.J.W., 2009, pp. 2-12.

négatifs de l'absence d'information en retardant le point de départ du délai. Ce faisant, le dommage résultant de l'inobservation de la formalité est réparé.

Lorsque les mentions exigées à l'article 14 de la loi sur le crédit à la consommation font défaut ou ne sont pas accomplies conformément à cette disposition, le juge peut annuler le contrat ou réduire les prestations de l'emprunteur, au maximum jusqu'au montant emprunté (article 86, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi sur le crédit à la consommation). Cette latitude dans le choix de la sanction doit être approuvée dans la mesure où elle permet d'adapter la mesure au préjudice réellement subi. Lorsque le contrat de crédit (au sens d'*instrumentum*) ne mentionne pas le taux ou la durée du crédit, en violation de l'article 14 de la loi sur le crédit à la consommation, l'annulation constitue une sanction adéquate dans la mesure où, si les formes avaient été observées et s'il avait reçu ces informations, le consommateur n'aurait pas donné son consentement. Le préjudice réside dans la conclusion d'un contrat, qui lie le consommateur pour l'avenir. Pour le réparer, il faut mettre fin au contrat<sup>120</sup>.

On peut aussi concevoir que, si les informations relatives au taux ou à la durée du crédit lui avaient été communiquées, le consommateur aurait décidé de conclure le contrat de crédit, mais à des conditions plus favorables. Autrement dit, il aurait négocié et n'aurait signé le contrat que si un taux inférieur lui avait été accordé. Le contrat peut être maintenu ; les obligations qui en résultent vont cependant être modifiées de sorte que le préjudice supposé du consommateur (une perte financière liée à l'absence de négociation) soit réparé. L'article 86 de la loi sur le crédit à la consommation permet au juge d'opter pour la réduction des prestations. Les obligations du consommateur peuvent ainsi être réduites, au maximum jusqu'au prix au comptant ou au montant emprunté (concrètement, il est dispensé de s'acquitter des intérêts initialement prévus). En général, la nullité n'est pas dans l'intérêt de l'emprunteur. La sanction opère en effet *ex tunc*, de manière rétroactive. Dans l'hypothèse d'un contrat de crédit, l'emprunteur serait ainsi tenu de rembourser, sans délai, les sommes reçues<sup>121</sup>. Cet effet défavorable

<sup>120</sup> En ce sens, voy. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie*, op. cit., p. 469, n° 589 : l'auteur estime que « l'annulation du contrat n'est en réalité que la conséquence directe de l'annulation d'une décision particulière : celle de conclure le contrat. L'annulation du contrat ne peut donc sanctionner que la violation d'obligations d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant ». Voy. aussi A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, op. cit., p. 496, n° 1151.

<sup>121</sup> On note néanmoins que les adages *nemo auditur et in pari causa...* pourraient être invoqués pour éviter les restitutions réciproques lorsque sont violées des dispositions d'ordre public (voy. Ch. BIQUET-MATHIEU, « Nullité et réduction », note sous Civ. Gand, 4 février 2002, J.J.P., 2003, p. 216, n° 5). Comme le note un auteur, « le juge appliquera ou non la règle *in pari causa...* en fonction du résultat auquel il souhaite parvenir. Il veillera ainsi à éviter que l'une des parties ou toutes les deux trouvent soit dans la répétition, soit dans le refus de la répétition un profit excessif, ce qui aurait pour effet de rendre vaine la sanction de la nullité. Le juge sera tenu d'opérer un arbitrage délicat entre des considérations de plusieurs ordres : celles relatives à l'enrichissement que procure aux parties la restitution ou le refus de celle-ci, celles relatives aux culpabilités respectives des parties et, enfin, celles relatives à l'intérêt social, l'objectif ultime étant de décourager la conclusion de conventions analogues » (T. STAROSSELETS, « Effets de la nullité », op. cit., p. 275, n° 32).

explique que, dans la majorité des litiges qui leur sont soumis, les juges semblent opter pour la réduction des prestations<sup>122</sup>.

28. *Hypothèses dans lesquelles l'efficacité des sanctions pourrait être renforcée.* – Des sanctions civiles pourraient, par contre, faire l'objet de critiques. Nous retenons deux exemples.

Tel est le cas de la sanction prévue à l'article 63 de la loi sur les services de paiement<sup>123</sup>, qui permet à l'utilisateur de résilier le contrat-cadre sans délai et sans frais ni pénalités. Pour éviter que la sanction puisse être invoquée plusieurs semaines, voire plusieurs mois après la violation des dispositions concernées, nous aurions préféré que la disposition indique expressément que la résiliation peut être demandée *dans un délai raisonnable* à partir du moment où l'utilisateur a connaissance ou aurait dû avoir connaissance du non-respect de ces obligations.

En outre, si la sanction peut se justifier en l'absence de certaines mentions – concernant, par exemple, les limites de dépenses pour les opérations de paiement exécutées au travers de l'instrument de paiement<sup>124</sup> – la méconnaissance par le prestataire de ses obligations pourrait être jugée plus accessoire par l'utilisateur, de sorte qu'il souhaite poursuivre les engagements résultant du rapport contractuel. On songe, par exemple, à l'imputation de certains frais, dans les cas visés aux articles 41, § 1<sup>er</sup>, 42, alinéa 5, ou 49, § 2, sans qu'ils aient été convenus dans le contrat-cadre ou lorsqu'ils se révèlent excessifs par rapport aux coûts réels (en violation de l'article 56, § 1<sup>er</sup>, de la loi sur les services de paiement). Si le contrat est maintenu, la réparation du préjudice subi pourrait consister à dispenser l'utilisateur de payer ces frais supplémentaires. Pour autoriser cette sanction (qui pourrait d'ailleurs être mise en œuvre sans l'intervention des cours et tribunaux), une modification législative est souhaitable. À notre estime, l'article 63 de la loi sur les services de paiement pourrait être amendé de la manière suivante (nous soulignons les modifications) : « en cas de non-respect par le prestataire de services de paiement des obligations qui découlent des articles 13, 14, 2<sup>o</sup> à 6<sup>o</sup>, 15 et 16, 21, 23, alinéa 2, 25, 29, 32, 36, alinéa 1<sup>er</sup>, 38, 39, § 2, 40 et 41, 43, 45 à 48, 50 à 52, 56, 57 et 78, l'utilisateur de services de paiement peut, sans préjudice des sanctions de droit commun, par lettre recommandée [...] à la poste et motivée, résilier sans délai et sans frais ni pénalités le contrat-cadre *dans un délai raisonnable* à partir du moment où il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance du non-respect de ces obligations, ou demander l'application de tout autre mesure permettant de réparer le dommage résultant de l'inobservation de ces obligations ».

De même, lorsque la méconnaissance des obligations d'information et des formes corrélatives est sanctionnée sur le terrain probatoire, comme à l'article 10 de la loi sur le contrat d'assurance, la mesure n'est pas appropriée et ne permet pas, à nos yeux, de contribuer à la protection de la partie faible. Pour le démontrer, nous partons de l'hy-

<sup>122</sup> L'effet en question est d'ailleurs expressément souligné dans certaines décisions : voy. not. Civ. Termonde, 28 février 2002, *Ann. crédit*, 2002, p. 55 ; J.P. Izegem, 11 décembre 2002, J.J.P., 2006, p. 29, note F. EVERS.

<sup>123</sup> À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, « Les paiements électroniques dans les contrats à distance depuis la loi du 10 décembre 2009 », R.D.T.I., 2010/4, pp. 20-21.

<sup>124</sup> Article 14, 2<sup>o</sup>, a, de la loi sur les services de paiement.



pothèse que la police n'énonce pas le montant de la prime, en violation de l'article 10, § 2, 7°, de la loi sur le contrat d'assurance. Cette mention a clairement pour but de protéger la partie faible en veillant à ce que son consentement soit éclairé et réfléchi (*a priori*, la prime est un élément déterminant pour le consentement). À notre estime, la sanction n'est pas suffisamment sévère et dissuasive, à la lumière de l'objectif de protection poursuivi par ces exigences<sup>125</sup>. En effet, compte tenu des caractéristiques de la sanction propre à la violation des règles de preuve et des moyens de défense susceptibles d'être invoqués pour y échapper (on songe en particulier au commencement de preuve par écrit), il est hautement probable que seule la partie faible pâtisse de la sanction. *De lege ferenda*, nous pensons qu'une sanction civile spécifique différente de celle actuellement applicable devrait être expressément prévue par la loi sur le contrat d'assurance. On peut se souvenir qu'à l'occasion de la modification de cette loi, en 1994, une autre sanction, plus lourde, avait été proposée en cas de non-respect de la formalité prescrite à l'article 10, § 2. Un nouvel alinéa eût été ajouté, stipulant qu'« en cas d'infraction à la présente disposition, l'assureur qui a conclu le contrat et le courtier, l'agent ou l'intermédiaire qui est intervenu pour sa conclusion, ainsi que les administrateurs, gérants, directeurs et mandataires des entreprises précitées, sont solidairement tenus du dommage subi par l'assuré, le bénéficiaire ou la personne lésée, de l'exécution du contrat ainsi que du paiement des taxes dues en vertu de la législation belge en raison de la conclusion du contrat »<sup>126</sup>. Outre cette sanction civile, une sanction pénale avait également été proposée<sup>127</sup>. Ces amendements ont toutefois été retirés compte tenu des sanctions contractuelles prévues par le droit commun et des sanctions administratives qui peuvent être infligées par la C.B.F.A. (actuellement FSMA)<sup>128</sup>. Les sanctions administratives ne nous paraissent pas suffisamment dissuasives. Quant au droit commun, il présente l'inconvénient de faire peser sur la partie faible une charge probatoire plus lourde (et, par conséquent, un risque plus élevé). Par contre, la mesure proposée à l'occasion de la modification législative intervenue en 1994 nous paraît appropriée.

<sup>125</sup> Sur ce point, voy. H. JACQUEMIN, « Le formalisme du contrat d'assurance: sanction et adaptation aux technologies de l'information », R.G.A.R., 2006, n° 14091/7-8, n° 22-23. De manière générale, sur l'instrumentalisation possible de la sanction probatoire par les parties de mauvaise foi, voy. V. DELAPORTE, *Recherche sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse, Paris, 1974, p. 62.

<sup>126</sup> Amendements au projet de loi portant modification de certaines dispositions de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1883-1994, n° 1275/5, pp. 2-3 (amendement n° 15 de M. Dielens).

<sup>127</sup> Amendements au projet de loi portant modification de certaines dispositions de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1883-1994, n° 1275/5, p. 4 (amendement n° 17 de M. Dielens): l'article 139, § 1°, serait complété par: « 3° les administrateurs, gérants, directeurs ou mandataires d'entreprises d'assurance qui offrent ou concluent des contrats qui ne sont pas conformes aux dispositions de l'article 10, § 2, ainsi que les agents, courtiers ou intermédiaires ou leurs administrateurs, gérants, directeurs ou mandataires qui interviennent dans la conclusion de tels contrats ».

<sup>128</sup> Rapport fait au nom de la commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation et des institutions scientifiques et culturelles nationales par M. Thissen, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1993-1994, n° 1275/6, pp. 14-15 (amendement n° 15) et pp. 24-25 (amendement n° 17).

## Conclusion

29. *Existence de mécanismes de protection en matière contractuelle.* — En substance, il faut saluer les nombreuses interventions du législateur, visant à protéger le consommateur de produits et services financiers.

Tenant compte de la faiblesse dont il souffre, plusieurs mécanismes ont en effet été mis en œuvre, en particulier pour garantir un consentement informé et réfléchi (droit de rétractation, obligations d'information, multiplication des règles de forme, etc.) et pour prévenir les fraudes ou les pratiques déloyales dont il pourrait être victime de la part de son cocontractant. À ceux-ci s'ajoutent les autres règles de protection des consommateurs, dont l'application n'est pas limitée à la fourniture de produits et services financiers.

Il existe donc un dispositif solide de protection en faveur du consommateur.

Il reste à établir, cependant, si les règles sont effectivement mises en œuvre par les professionnels du secteur et, à défaut, si les sanctions civiles, pénales ou administratives sont appliquées.

30. *Équilibre subtil à préserver.* — Dans ce travail d'appréciation, on gardera à l'esprit que les mécanismes de protection peuvent également constituer une contrainte pour les entreprises. On songe à la multiplication excessive de certaines règles de forme, à l'introduction de nouveaux concepts, parfois inutiles, ou à la mise en place d'un cadre normatif très complexe, qu'il devient malaisé d'articuler et d'appliquer. Aussi, lorsqu'il est possible de maintenir un niveau élevé de protection, tout en réduisant ces contraintes, le cadre normatif pourrait (et devrait) être amendé en conséquence. Des avancées en ce sens ont été constatées (notamment dans la loi sur le crédit à la consommation). Il faut espérer qu'elles se poursuivent.

De cette manière, un subtil équilibre entre les intérêts des consommateurs et des professionnels pourra être trouvé, au profit de chacun de ces acteurs et, plus globalement, de l'intérêt général.